

Grenzen der Umdeutung
rechtsgeschäftlicher Erklärungen (§ 140 BGB)

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Manfred Kahl
aus Emsdetten

1985

*Diss
Münster*

Grenzen der Umdeutung
rechtsgeschäftlicher Erklärungen (§ 140 BGB).

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Manfred Kahl
aus Emsdetten

1985

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhoser
Dekan: Prof. Dr. Schmidt
Tag der mündlichen Prüfung: 8. Februar 1985

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
I. Das nichtige Rechtsgeschäft	7
1. Das umzudeutende Rechtsgeschäft	7
a) Beispiele der Umdeutung verschiedener Rechtsgeschäfte	7
b) Die Anwendbarkeit des § 140 BGB auf wechsel- und scheckrechtliche Erklärungen	10
c) Rechtshandlungen, insbes. (rechts-)geschäftsfähnliche Handlungen	13
d) Geschäfte ohne Rechtsgeschäftsqualität (Gefälligkeiten und Nicht-Rechtsgeschäfte)	15
e) Fälle fehlender oder unvollständiger Einigung	16
aa) Offener Dissens, § 154 BGB	17
bb) Versteckter Dissens, § 155 BGB	18
cc) Fehlen jeglicher Einigung, §§ 145, 151 BGB	20
dd) Gescheiterte Vertragsverhandlungen	21
f) Blankettgeschäfte, insbes. Blankowechsel und Blankozession(-verpfändung)	23
aa) Blankowechsel	23
bb) Blankettgeschäfte und versehentlich unvollständige Geschäfte	26
cc) Blankozession(-verpfändung)	27
2. Begriff der Nichtigkeit	31
a) Die Terminologie des Gesetzes	32
b) Nichtige Rechtsgeschäfte	33
aa) Anerkannte Fälle	33
bb) Erklärungen, denen kein Rechtsfolgewille zugrundeliegt	34

	<u>Seite</u>
(1) Geheimer Vorbehalt, § 116 BGB	34
(2) Scheingeschäfte, § 117 BGB	35
(3) Scherzerklärungen, § 118 BGB	37
c) Unwirksame Geschäfte	38
aa) Von vornherein endgültig unwirksame Geschäfte	39
bb) Schwebend unwirksame Geschäfte	40
(1) Zustimmungsbefürftige Rechtsgeschäfte	40
(2) Geschäfte, denen es an einer nachholbaren gesetzlichen Voraussetzung fehlt	42
(3) Verfügungen eines Nichtberechtigten	44
(4) Die Umdeutung während des Schwebezustandes	46
d) Nichtige, aber heilbare Rechtsgeschäfte	50
aa) Die Umdeutung geheilter Geschäfte	51
bb) Die Umdeutung noch heilbarer Geschäfte	52
e) Rechtsgeschäfte, die die Rechtsordnung als Rechtsgeschäftstyp nicht kennt	54
f) Einseitige Gestaltungsgeschäfte, die nicht zum Ziel führen	55
g) Geschäfte, die ins Leere gehen	57
h) Einredebehaftete Rechtsgeschäfte, insbes. verjährte und präjudizierte Wechsel und Schecks	58
i) Geschäfte, die undurchführbar geworden sind	61
j) Unzweckmäßige Geschäfte	63
k) Nicht bewiesene Rechtsgeschäfte	64
l) Angefochtene Rechtsgeschäfte	65
m) Gesetzlich angeordnete Ersatzregelungen	74
n) Fälle, in denen insbes. formnichtige Geschäfte gem. § 242 BGB als wirksam behandelt werden	77

	<u>Seite</u>
3. Die Feststellung des nichtigen Rechtsgeschäfts; Deutung und Umdeutung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen	81
a) Eindeutige und mehrdeutige Erklärungen	81
b) Falschbezeichnung (falsa demonstratio non nocet)	83
c) Falsche rechtliche Qualifikation des Geschäfts	85
d) Ergänzende Auslegung	89
e) Die Aufrechterhaltung übermäßiger Verträge; Standpunkt der Erörterung	90
Ergebnis zu I.: Das nichtige Rechtsgeschäft	91
II. Das andere Rechtsgeschäft; objektive Umdeutungsvoraus- setzungen	95
1. Formale Erfordernisse des anderen Geschäfts	95
a) Wirksamkeitsvoraussetzungen	96
b) Die Erklärungen des Ausstellers eines eigenen Wechsels und das Akzept als verpflichtende Wil- lenserklärungen	101
aa) Eigene Wechsel	102
bb) Die Akzeptunterschrift	102
c) Die Umdeutung in bedingte, kündbare und wider- rufliche Geschäfte	108
d) Die Umdeutung in fehlerhafte Geschäfte	108
2. Inhaltliche Erfordernisse	110
a) Rechtslehre	111
aa) Rechtslehren, wonach das andere Geschäft in dem nichtigen "enthalten sein" muß	113
bb) Inhaltliche Erfordernisse als negative Tatbestandsvoraussetzung	118
cc) Kongruenz des nichtigen und anderen Ge- schäfts	119

	<u>Seite</u>
dd) Übereinstimmung in der erstrebten Rechtslage	121
ee) Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges	125
ff) Umdeutung als Um-Qualifikation	133
gg) Zusammenfassung	136
b) Rechtsprechung	139
aa) Enthaltensein	139
bb) Kein aliud	145
cc) Kein plus	149
dd) Umdeutung in ein Mehr	156
(1) Die Umdeutung einer gem. § 2302 BGB nichtigen Auflage in eine letztwillige Verfügung	156
(2) Die Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments in einen Erbvertrag	159
(3) Die Umdeutung von Verfügungen von Todes wegen in Rechtsgeschäfte unter Lebenden	160
ee) Zusammenfassung	166
c) Inhaltliche Grenzen der Umdeutung; eigene Stellungnahme	167
aa) Das Konversionsverständnis im gemeinen Recht, insbes. Windscheids	168
bb) Die Gesetzesmaterialien	171
cc) Zusammenfassung und Schlußfolgerungen	175
(1) Die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen	176
(2) Die Umdeutung in ein Geschäft mit wei- tergehenden Wirkungen	177
d) Ergebnis	184

	<u>Seite</u>
e) Insbesondere: Inhaltliche Erfordernisse bei der Umdeutung im Wertpapierrecht	185
aa) Ungültige Erklärungen auf gültigen Wechseln	185
bb) Erklärungen auf ungültigen Wechseln und Schecks	186
(1) Gezogene Wechsel	186
(a) Umdeutung des gezogenen Wechsels in eine Anweisung	186
(b) Umdeutung in sonstige bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen	188
(c) Verjährung	194
(2) Eigene Wechsel	195
3. Die Art des anderen Rechtsgeschäfts	197
a) Zulässigkeit anderer Rechtsform	197
b) Notwendigkeit anderer Rechtsform	199
c) Inhaltliche Reduktion übermäßiger Leistungen; quantitative Teilnichtigkeit und Konversion	205
Ergebnis zu II.: Das andere Rechtsgeschäft; objektive Umdeutungsvoraussetzungen	216
III. Der Wille der Parteien; subjektive Umdeutungsvoraussetzungen	219
1. Standpunkt der Erörterung	219
2. Wirklicher und hypothetischer Wille	219
a) Die Regelung im subjektiven Tatbestand des § 140 BGB und verwandte Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch	220
b) Der hypothetische Wille als Wertung	228
3. Hypothetischer Wille und wirtschaftlicher Erfolg	230
a) Verwirklichung desselben wirtschaftlichen Erfolges	231

	<u>Seite</u>
b) Objektive Vertragsvernunft und Parteiwille	234
c) Teilweise Verwirklichung des wirtschaftlichen Erfolges	239
aa) Anerkannte Fälle	239
bb) Wechselrecht	241
cc) Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen	244
4. Sonstige Anhaltspunkte für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB in der Rechtsprechung	246
5. Die Umdeutung in ungebräuchliche und den Parteien unbekannte Rechtsgeschäfte	252
6. Unkenntnis der Nichtigkeit	254
a) Unkenntnis der Nichtigkeit als (negatives) subjektives Tatbestandsmerkmal des § 140 BGB	254
b) Unkenntnis der Nichtigkeit bei schwebend unwirksamen und heilbaren Rechtsgeschäften	256
c) Der Irrtum der Parteien über die Wirksamkeit des Geschäfts	258
d) Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis der Nichtigkeit	259
e) Einseitige Kenntnis der Nichtigkeit	259
7. Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen für den Fall der Nichtigkeit	264
a) Konversionsklauseln	264
b) Salvatorische Klauseln	267
8. Bedingte Rechtsgeschäfte bei Ausfall der Bedingung	269
a) Bedingungen gem. §§ 158ff BGB	270
b) Rechtsbedingungen	275
9. Subjektive Voraussetzungen des § 140 BGB im Falle der Teil- und Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB	277

	<u>Seite</u>
10. Zeitpunkt für die Ermittlung des hypothetischen Willens	280
Ergebnis zu III.: Der Wille der Parteien; subjektive Umdeutungsvoraussetzungen	281
IV. Einschränkungen der Umdeutung	285
1. Einschränkung der Umdeutung durch die die Nichtigkeit begründende Rechtsnorm	285
a) Sittenwidrige Geschäfte	286
b) Verbotswidrige Geschäfte	296
c) Formwidrige Geschäfte	299
aa) Notarielle Beurkundung; insbes. Sinn und Zweck des § 313 BGB	300
bb) Sinn und Zweck des § 766 BGB; insbes. die Umdeutung einer Bürgschaft in einen Kreditauftrag	305
cc) Sinn und Zweck des § 34 GWB; Scheinbindung an das unerkannt (form-)nichtige Geschäft	309
d) Aushöhlung der Nichtigkeitsnorm; insbes. die Umdeutung zustimmungsbedürftiger Geschäfte i.S.d. §§ 1365, 1366 BGB	314
e) Die Umdeutung gemeinschaftlicher Testamente; §§ 2265, 2268, 2270 BGB als gesetzliche Umdeutungsverbote	322
aa) Unwirksamkeit der Verfügung infolge der Nichtigkeit der anderen, § 2270 BGB; Unwirksamkeit der Verfügung im Falle des § 2268 Abs. 2 BGB	323
bb) Unwirksamkeit beider Verfügungen im Falle der Ehenichtigkeit, § 2268 Abs. 1 BGB	327
cc) § 2265 BGB als gesetzliches Umdeutungsverbot für gemeinschaftliche Testamente von Nicht-Ehegatten	331
f) Ausschluß der Umdeutung bindungswidriger Verfügungen von Todes wegen durch Sinn und Zweck der §§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1 S. 1 BGB	334

	<u>Seite</u>
aa) Sinn und Zweck der §§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1 S. 1 BGB im System der §§ 2286f BGB und 2301 BGB	336
bb) Die Rechtsprechung zur sog. "Aushöhlungs-nichtigkeit"	338
cc) Die Ansicht Tiedtkes	340
g) Vorschriften, nach denen bestimmte Vermerke und Erklärungen auf Wechseln und Schecks als "nicht geschrieben" gelten	343
aa) Die Interpretation des Art. 4 S. 2 SchG in Teilen der Rechtsprechung und Rechtslehre	343
bb) Sonstige Fälle, in denen bestimmte Vermerke und Erklärungen als "nicht geschrieben" gelten	345
cc) Der Einfluß auf die Wirksamkeit des Papiers im übrigen	346
dd) Die Umdeutung der betreffenden Erklärungen und Vermerke selbst	348
ee) Ausschluß der Umdeutung durch Sinn und Zweck des Akzeptverbots gem. Art. 4 S. 1 SchG	352
2. Einschränkungen der Umdeutung aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit	356
a) Einseitige Gestaltungsgeschäfte	357
b) Gegenseitige Verträge	364
c) Wechsel- und Scheckstrenge; internationales Wechsel- und Scheckrecht	373
Ergebnis zu IV.: Einschränkungen der Umdeutung	377
V. Die Umdeutung im Zivilprozeß und im Grundbuchverfahren	380
1. Amtswegige Anwendung des § 140 BGB	380
2. Darlegungs- und Beweisfragen	382
3. Nachprüfbarkeit in der Revisionsinstanz	386

	<u>Seite</u>
4. Die Umdeutung im Urkunden-, Wechsel und Scheck- prozeß	387
5. Die Umdeutung der materiell-rechtlichen Partei- erklärungen im Grundbuchverfahren	389
Ergebnis zu V.: Die Umdeutung im Zivilprozeß und im Grundbuchverfahren	394
Gesamtergebnis und Schluß	396

- Bernstein, Wilhelm Ansprüche aus formungültigen Wechseln
in: JW 1926, 494-497
- ders. Der Zusatz "ohne Obligo" bei der Unterschrift des Ausstellers auf einem Wechsel, Scheck und einer kaufmännischen Anweisung
in: JW 1927, 2972-2973
- ders. Unvollkommene Unterschriften auf Wechseln. (Das zusammenhanglose Indossament. Das Wechselakzept des Nichtbezogenen)
in: GruchB 69, 39-46
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
12. Aufl., Berlin, New York 1982
Bd. 1 §§ 1-240 1982
Bd. 4, T. 1 §§ 1297-1563 1984
Bd. 5, T. 1 Erbrecht, §§ 1922-2146 1974
Bd. 5, T. 2 Erbrecht, §§ 2147-2385 1975
zit.: BGB-RGRK-Bearbeiter
- Bichmann, Herbert Umdeutung und Umwandlung (Konversion) beim Testament
Diss. Marburg 1925
- Bleistein, Franzjosef Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis
2. Aufl., Berlin 1970
- Blomeyer, Arwed Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.2.1956 - IV ZR 164/55
in: JZ 1956, 416
zit.: A. Blomeyer
- ders. Der unbestimmte Gläubiger
in: Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht
Tübingen 1954, S. 306-331
zit.: A. Blomeyer, FS-Rabel I,
- Blomeyer, Jürgen Die vorweggenommene Auseinandersetzung der in gemeinschaftlichem Testament bedachten Kinder nach dem Tod des einen Elternteils, zum Urteil des BGH vom 24.10.1973
in: FamRZ 1974, 421-429
zit.: J. Blomeyer

- Boehmer, Gustav Anmerkung zu OGH, Urt. v. 22.9.1948
- II ZS 3/48
in: MDR 1949, 287-289
- ders. Sittenwidrige Beeinträchtigung des
Vertragserben durch lebzeitige Zu-
wendungen des Erblassers?
in: FamRZ 1961, 253-255
- Bopp, Peter Kündigung und Kündigungsprozeß im
Arbeitsrecht
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1980
- Bosch, Friedrich Wilhelm Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.6.1955
- IV ZR 80/55
in: FamRZ 1963, 290
- Brasch, Viktor von Die Konversion vom Standpunkt der
Begriffs- und Interessenjurispru-
denz aus
Diss. Münster 1949
- Breit, James Kommentar zum deutschen Scheckgesetz
(I. und II. Teil)
Berlin 1929
- Brodmann, Erich Aktienrecht, Kommentar
Berlin, Leipzig 1928
- Brox, Hans Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs
7. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1983
zit.: Brox, AT
- ders. Erbrecht
2. Aufl. 1972
8. Aufl. 1983
Köln, Berlin, Bonn, München
zit.: Brox, Erbrecht
- ders. Handelsrecht und Wertpapierrecht
3. Aufl., München 1983
zit.: Brox, Handelsrecht
- Bruck, Ernst/
Möller, Hans Kommentar zum Versicherungsvertrags-
gesetz und zu den Allgemeinen Ver-
sicherungsbedingungen unter Ein-
schluß des Versicherungsvermittler-
rechts
8. Aufl., Erster Band Berlin 1961,
Zweiter Band Berlin, New York 1980
zit.: Bruck/Möller I, II

- Bühler, Jörg Zur Wechselbezüglichkeit und Bindung
beim gemeinschaftlichen Testament
und Erbvertrag
in: DNotZ 1962, 359-373
- Bufe, Peter § 817 Satz 2 BGB
in: AcP 157, 215-258
- Bunke, Erwin Der Nießbrauch an der Beteiligung
an einer Personalgesellschaft
in: DNotZ 1968, 5-19
- Bürck, Harald Umdeutung eines Vertrages bei Aus-
fall einer Vertragsbedingung - BGH,
NJW 1971, 420
in: JuS 1971, 571-575
- ders. Zur Umdeutung von Rechtsgeschäften
nach § 140 BGB
in: SchlHA 1973, 37-42
- Caemmerer, Ernst von/
Bargen, Malte von/
Späth, Günter Internationale Rechtsprechung zum
Genfer Einheitlichen Wechsel- und
Scheckrecht
Berlin, Tübingen 1954
zit.: v. Caemmerer, Internationale
Rechtsprechung, 1. Folge
- Caemmerer, Ernst von Internationale Rechtsprechung zum
Genfer Einheitlichen Wechsel- und
Scheckrecht
3. Folge, Berlin, Tübingen 1967
zit.: v. Caemmerer, Internationale
Rechtsprechung, 3. Folge
- Caemmerer, Ernst von/
Marschall, Wolfgang Frei-
herr von Internationale Rechtsprechung zum
Genfer Einheitlichen Wechsel- und
Scheckrecht
3. Folge, Tübingen 1976
zit.: v. Caemmerer/Marschall, Inter-
nationale Rechtsprechung (3. Folge)
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht
München 1971
zit.: Canaris, Vertrauenshaftung
- ders. Der Bereicherungsausgleich bei sit-
tenwidrigen Teilzahlungskrediten
in: WM 1981, 978-990
- Dahmen, Stephan Teilweise nichtige Rechtsgeschäfte -
Beiträge zu §§ 139, 313 und 138 BGB
Diss. Göttingen 1949

- Damrau, Jürgen Nochmals: Bedarf der dem Erbverzicht zugrundeliegende Verpflichtungsvertrag notarieller Beurkundung?
in: NJW 1984, 1163-1165
- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Reichstag, 9. Legislatur-Periode, IV. Session 1895/1896 (ohne Ortsangabe)
zit.: Denkschrift zum Entwurf eines BGB
- Dernburg, Heinrich Pandekten, Erster Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht
7. Aufl., Berlin 1902
zit.: Dernburg, Pandektenrecht I
- Dersch Anmerkung zu RAG, Urt. v. 14.3.1934
- RAG 14/34
in: ARS 21, 46-47
- Diederichsen, Uwe Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Studienanfänger
5. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1984
zit.: Diederichsen, AT, Rdn.
- Dießelhorst, Malte Buchbesprechung zu Hans Egert, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts
in: AcP 177 (1977), 373-375
- Dittmann, Ottmar Aushöhlung des gemeinschaftlichen Testaments
in: DNotZ 1958, 619-631
- ders. Die Anwendung des § 1365 BGB bei Beendigung des gesetzlichen Güterstandes
in: DNotZ 1963, 707-718
- Dittmann, Ottmar/
Reimann, Wolfgang/
Bengel, Manfred Testament und Erbvertrag
Handkommentar zum Recht der Verfügungen von Todes wegen nebst Systematischem Teil, Formularen und Gesetzes-Anhang
Berlin 1972
zit.: Dittmann/Reimann/Bengel
- Dölle, Hans Bemerkungen zur Blankozession, Ein Beitrag zur Lehre von den subjektiven Rechten
in: Festschrift für Martin Wolff, Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht
Tübingen 1952, S. 23-32
zit.: Dölle, FS Wolff

- Dölle, Hans Familienrecht
Darstellung des Deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen
Band I
Karlsruhe 1964
zit.: Dölle, Familienrecht I
- Dohm, Jürgen Die Inhaberschaft bei der Blankozession von Forderungen
in: WM 1973, 886-891
- Egert, Hans Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts
Berlin 1974
- Eickmann, Dieter Die Gewinnung der Entscheidungsgrundlagen im Grundbuchverfahren
in: RPfleger 1979, 169-175
- Eisenhardt, Ulrich Allgemeiner Teil des BGB
Mit einer Einführung in das Privatrecht
2. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1980
zit.: Eisenhardt, AT
- Emmerich, Volker Die Form wettbewerbsbeschränkender Verträge
in: NJW 1980, 1363-1368
- Emmerich, Volker/
Sonnenschein, Jürgen Miete: §§ 535-580a BGB
2. Wohnraumbekundigungsgesetz, Handkommentar
München 1983
zit.: Emmerich/Sonnenschein
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Erster Band / Zweiter Halbband
15. Aufl., Tübingen 1960
zit.: Enneccerus/Nipperdey
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I und II
6. Aufl., Münster 1975
7. Aufl., Münster 1981
zit.: Erman-Bearbeiter
- Esch, Heinrich Pierer von Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB
Köln, Berlin, Bonn, München 1968
- Etzel, Gerhard Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 1982
in: NJW 1983, 2852-2865

- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht
6. Aufl., Berlin, New York 1976
zit.: Fikentscher, Schuldrecht
- Finger, Hans-Joachim Die Umgestaltung nichtiger Rechts-
geschäfte (§ 140 BGB)
Berlin 1932
zit.: H.-J. Finger
- Finger, Peter Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.1982
- IV a ZR 83/81
in: JZ 1983, 608-611
zit.: P. Finger
- ders. Ende der "Aushöhlungsichtigkeit"?
in: FamRZ 1975, 251-258
zit.: P. Finger
- Fischer, Gerfried Die Blanketterklärung
Eine typologische Untersuchung
Göttingen 1975
zit.: G. Fischer
- Fischer, Otto Konversion unwirksamer Rechtsge-
schäfte
in: Festschrift für Adolf Wach,
Band 1, Leipzig 1913, S. 179-274
zit.: O. Fischer, FS Wach
- Fischer, Robert Anmerkung zu dem Urteil des BGH v.
14.5.1956 - II ZR 229/54
in: LM Nr. 7 zu § 161 HGB
zit.: R. Fischer
- ders. Anmerkung zu dem Urteil des BGH v.
15.12.1955 - II ZR 204/54
in: LM Nr. 1 zu § 140 BGB
zit.: R. Fischer
- ders. GmbH-Gesetz, Kommentar
10. Aufl., Köln 1983
zit.: Fischer, GmbHG
- ders. Vertragsfreiheit und Sozialbindung
in: DRiZ 1974, 209-213
zit.: R. Fischer
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
Erster Band, Erster Teil, Die Per-
sonengesellschaft
Berlin, Heidelberg, New York 1974
zit.: Flume, AT I 1

- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft
3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New
York 1979 (2. Aufl. 1975)
zit.: Flume AT II
- ders. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich
relevante Verhalten
in: AcP 161 (1962), 52-76
- ders. Testamentsauslegung bei Falschbe-
zeichnung
in: NJW 1983, 2007-2011
- Friesen, Juliane Freifrau Probleme der Umdeutung von außeror-
von/Reinecke, Gerhard dentlichen Kündigungen in ordentli-
che Kündigungen bei schwerbehinder-
ten Arbeitnehmern
in: BB 1979, 1561-1563
zit.: v. Friesen/Reinecke
- Gamm, Otto-Friedrich Frei- Die Gesetzesumgehung
herr von in: WRP 1961, 259-260
- Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und son-
stigen Kündigungsschutzrechtlichen
Vorschriften von Friedrich Becker,
Gerhard Etzel, Hans-Wolf Friedrich,
Karl Gröninger, Wilfried Hillebrecht,
Friedhelm Rost, Horst Weigand, Man-
fred Wolf
Neuwied und Darmstadt 1981
zit.: Gemeinschaftskommentar zum Kün-
digungsschutz-Bearbeiter
- Gernhuber, Joachim Bürgerliches Recht
2. Aufl., München 1983
zit.: Gernhuber, Bürgerliches Recht
- ders. Formnichtigkeit und Treu und Glauben
in: Festschrift für Walter Schmidt-
Rimpler
Karlsruhe 1957, S. 151
zit.: Gernhuber, FS Schmidt-Rimpler
- ders. Testierfreiheit, Sittenordnung und
Familie
in: FamRZ 1960, 326-335
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und
Europäisches Kartellrecht,
Gemeinschaftskommentar
2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1963
zit.: GWB-Gemeinschaftskommentar-
Bearbeiter

- Goldschmidt, Ludwig Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Erstes Heft: Die formalen Mängel des Entwurfs
Leipzig 1889
- Goßrau Behandlung gemeinschaftlicher Testamente von Nichtehegatten
in: NJW 1947/48, 365-367
- Gottwald, Peter Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz
Berlin 1975
- Gradenwitz, Otto Anfechtung und Reurecht beim Irrtum
Berlin 1902
- Gross, Heinrich Der Einfluß der Abtretung von Mängelansprüchen an Dritte im Rahmen von Werkverträgen
in: NJW 1971, 648-650
- Haberstumpf, Helmut Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Eine Untersuchung über juristische Argumentationsweisen
Berlin 1976
- Hachenburg, Max Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar
Zweiter Band §§ 13-52
7. Aufl., Berlin, New York 1979
zit.: Hachenburg-Bearbeiter
- Hadding, Walther Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.10.1969 - II ZR 162/68
in: JZ 1970, 552-553
- Haegelé, Karl Anmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 16.4.1956 - 15 W 164/56
in: RPfleger 1957, 20
- ders. Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, Systematische Darstellung für das gesamte Bundesgebiet
3. Aufl., Baden-Baden 1970
zit.: Haegelé, Beschränkungen im Grundstücksverkehr
- Haegelé, Karl/
Schöner, Hartmut/
Stöber, Kurt Grundbuchrecht
7. Aufl., München 1983

- Häsemeyer, Ludwig Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft
Frankfurt a.M. 1971
- Hager, Johannes Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften
München 1983
- Haidinger Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.6.1958
- II ZR 117/57
in: LM Nr. 1 zu § 1822 Ziff. 5 BGB
- Handelsgesetzbuch Großkommentar, Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts
Zweiter Band, 1. Halbband §§ 105-144
3. Aufl., Berlin, New York 1973
zit.: HGB-Großkommentar-Bearbeiter
- Harder, Manfred Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall
Berlin 1968
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts
Tübingen 1930
zit.: Heck, Sachenrecht
- Heldrich, Karl Die Form des Vertrages. Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates
in: AcP 147 (1941), 89-129
- Hellwig, Hans-Jürgen Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages
Bonn 1968
- Henckel, Wolfram Die ergänzende Vertragsauslegung
in: AcP 159 (1960), 106-126
- Henke, Horst-Eberhard Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?
in: ZZP 81 (1968), 196-251 und 321-379
- Henrich, Dieter Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluß
Berlin, Tübingen 1965
- Herschel, Wilhelm Der für die Umdeutung von Rechtsgeschäften maßgebliche Zeitpunkt
in: DRiZ 1952, 41-42

- Herschel, Wilhelm Rechtssicherheit und Rechtsklarheit
in: JZ 1967, 727-737
- Herzog, Berthold Quantitative Teilnichtigkeit, Zu-
gleich Darlegungen zur Struktur des
Rechtsgeschäfts und der rechtsge-
schäftlichen Bestandteile
Diss. Göttingen 1926
- Hesse/Saage/Fischer Grundbuchordnung nebst Ausführungs-
verordnung, Grundbuchverfügung, den
wichtigsten ergänzenden Vorschriften
und Fachregister, Kommentar, Neubearb.
v. Erwin Saage, Fritz Riedel und Nor-
bert Fischer
3. Aufl., Berlin 1954
zit.: Hesse/Saage/Fischer
- Hiddemann, Hans-Joachim Die Rechtsprechung des Bundesge-
richtshofs zum Bierlieferungsvertrag
in: WM 1975, 942-947
- Hieber, Hans § 140 BGB und das Grundbuchamt
in: DNotZ 1954, 303-305
- Höfer, Gerhard/
Huhn, Dieter/
Schuckmann, Hans-Joachim von Beurkundungsgesetz und ergänzende
Vorschriften
Frankfurt a.M. 1972
zit.: Höfer/Huhn/Schuckmann
- Honsell, Heinrich Die Rückabwicklung sittenwidriger
oder verbotener Geschäfte
München 1974
- Horber, Ernst Grundbuchordnung mit der Ausführungs-
verordnung, der Grundbuchverfügung
und den wichtigsten Nebenbestimmungen
16. Aufl., München 1983
- Horn, Norbert Die Verwendung von Scheckkarten für
Kreditzwecke
in: NJW 1974, 1481-1485
- Hueck, Alfred Anmerkung zu RAG, Urt. v. 10.9.1932
- 224/32
in: JW 1933, 239
- ders. Das Recht der offenen Handelsge-
sellschaft
4. Aufl., Berlin, New York 1971
zit.: Hueck, OHG
- ders. Kündigungsschutzgesetz, Kommentar
6. Aufl., München 1968
10. Aufl., München 1980
zit.: Hueck, Kündigungsschutzgesetz

- Hueck, Alfred/
Canaris, Claus-Wilhelm Recht der Wertpapiere
11. Aufl., München 1977
zit.: Hueck/Canaris
- Hueck, Alfred/
Nipperdey, Hans Carl Grundriß des Arbeitsrechts
5. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1970
zit.: Hueck/Nipperdey, Grundriß
- Hueck, Alfred/
Nipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts
Erster Band
7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M.
1963
zit.: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch I
- Hupka, Josef Das Einheitliche Wechselrecht der
Genfer Verträge
Wien 1934
- Husmann, Hermann Die Testierfreiheit im Lichte der
Grundrechte und des Sittengesetzes
Zugleich eine Kritik der Rechtspre-
chung
in: NJW 1971, 404-410
- Immenga, Ulrich/
Mestmäcker, Ernst-Joachim GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, Kommentar
München 1981
zit.: Immenga/Mestmäcker-Bearbeiter
- Jacobi, Ernst Wechsel- und Scheckrecht unter Be-
rücksichtigung des ausländischen
Rechts
Berlin 1955 (unveränderter Nachdruck
1956)
- Jansen, Paul Beurkundungsgesetz, Kommentar
Berlin, New York 1971
- Jauernig, Othmar/
Schlechtriem, Peter/
Stürmer, Rolf/
Teichmann, Arndt/
Vollkommer, Max Bürgerliches Gesetzbuch
3. Aufl., München 1984
zit.: Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/
Teichmann/Vollkommer
- Johannsen, Kurt Herbert Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.11.1975
- IV ZR 138/74
in: LM Nr. 6 zu § 2301 BGB
- ders. Der Schutz der durch gemeinschaftli-
ches Testament oder Erbvertrag beru-
fenen Erben
in: DNotZ 1977, Sonderheft, 69-98
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesge-
richtshofs auf dem Gebiete des Erb-
rechts - 1. Teil: Das Recht des Erb-
vertrages
in: WM 1969, 1222-1231

- Johannsen, Kurt Herbert Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts - 7. Teil: Das Testament, 2. Abschnitt: Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit
in: WM 1971, 913-929
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts - 10. Teil: Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall - Erbunwürdigkeit - Erbverzicht - Erbschein - Erbschafts Kauf - Internationales Privatrecht
in: WM 1972, 1046-1055
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts - 11. Teil: Ergänzungen
in: WM 1973, 530-550
- ders. Erbrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 1977 und 1978
in: WM 1979, 598-609
- Kanzleiter, Rainer Die Aufrechterhaltung der Bestimmungen in unwirksamen gemeinschaftlichen Testamenten als einseitige letztwillige Verfügungen
in: DNotZ 1973, 133-152
- Karstädt, Frowin Zur Bezugnahme bei Preisbindung
in: NJW 1968, 1509-1512
- Keßler, Friedrich Scheckgesetz vom 14. August 1933 Mannheim, Berlin, Leipzig 1934
zit.: F. Keßler, Scheckgesetz
- Keßler, Heinrich Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Erbrecht seit 1964
in: DRiZ 1966, 395-400
zit.: H. Keßler
- Kipp, Theodor/
Coing, Helmut Erbrecht, Ein Lehrbuch
13. Bearbeitung, Tübingen 1978
zit.: Kipp/Coing
- Klaas, Christoph Zur Dauer von Bierlieferungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
in: BB 1974, 1098-1100
- Klausning, Friedrich Anmerkung zu RG, Urt. v. 14.10.1930 - II 12/30
in: JW 1930, 3761-3763

- Knur, Alexander/
Hammerschlag, Karl Kommentar zum Wechselgesetz
Bonn 1949
zit.: Knur/Hammerschlag
- Köbl, Hans Falsa demonstratio non nocet? - Ver-
stoß gegen den Formzwang?
Bemerkungen zu den Urteilen des Bun-
desgerichtshofes v. 23.3.1979 (BGHZ
74, 116) und v. 25.3.1983
in: DNotZ 1983, 598-603
- Köhler, Helmut Die neuere Rechtsprechung zur Rechts-
geschäftslehre
in: JZ 1984, 18-26
zit.: H. Köhler
- Köhler, Wolfgang Handbuch der Wohnraummiete mit dem
neuen Mietrecht 1983 und allen
Rechtsentscheidungen
2. Aufl., München 1984
zit.: Köhler, Wohnraummiete
- Kohler, Rudi Teilunwirksamkeitsklauseln
in: DNotZ 1961, 195-198
- Koller, Ingo Der gutgläubige Erwerb bei der Über-
tragung von Miteigentumsanteilen
in: JZ 1972, 646-650
- Kollhosser, Helmut Kaufzwangsklausel in Erbbaurechts-
verträgen
in: NJW 1974, 1302-1305
- Koppensteiner, Hans-Georg/
Kramer, Ernst A. Ungerechtfertigte Bereicherung
Berlin, New York 1975
zit.: Koppensteiner/Kramer
- Krampe, Christoph Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urt. v.
21.11.1974 - 13 U 120/74, abgedr. in
JZ 1975, 572ff
in: JZ 1975, 574-576
- ders. Die Konversion des Rechtsgeschäfts
Frankfurt a.M. 1980
zit.: Krampe, Konversion
- Kreft Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.3.1969
- III ZR 188/65
in: LM Nr. 16 zu § 138 (Cd) BGB
- Kronke, Herbert Zu Funktion und Dogmatik der Lei-
stungsbestimmung nach § 315 BGB
in: AcP 183 (1983), 113-144
- Kropholler, Jan Übereinstimmender Elternevorschlag
und Sorgerecht
in: NJW 1984, 271-276

- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis unter Einbeziehung des EG-Kartellrechts
6. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1982
- Lappe, Liesel Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes
Diss. Münster 1950
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
6. Aufl., München 1983
zit.: Larenz, AT
- ders. Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts
Leipzig 1930
(Nachdruck: Frankfurt a.M., Berlin 1966)
zit.: Larenz, Methode der Auslegung
- ders. Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht
in: NJW 1963, 737-741
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts
Erster Band Allgemeiner Teil
13. Aufl., München 1982
Zweiter Band Besonderer Teil
12. Aufl., München 1981
zit.: Larenz, Schuldrecht I, II
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft
5. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983
zit.: Larenz, Methodenlehre
- Lehmann, Heinrich/
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
15. Aufl., Berlin 1966
zit.: Lehmann/Hübner, AT
- Leipold, Dieter Grundzüge des Erbrechts
5. Aufl., Tübingen 1984
- Lieb, Manfred Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfortbildung im Familienrecht
Tübingen 1970
zit.: Lieb, Ehegattenmitarbeit
- Liesecke, Rudolf Der Internationale Wechsel
in: WM 1973, 442-459

- Liesecke, Rudolf Die neuere internationale Rechtsprechung zum Einheitlichen Wechsel- und Scheckrecht gemäß den Genfer Abkommen von 1930 und 1931
in: WM 1966, 202-212
- ders. Die neuere Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofes, zum Wechsel- und Scheckrecht
in: WM 1969, 2-15
- ders. Neuere Entwicklungen im internationalen Wechselrecht - 1. Teil -
in: WM 1971, 294-302
- Lindacher, Walter F. Grundsätzliches zu § 138 BGB, Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente
in: AcP 173 (1973), 124-136
- ders. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.3.1977 - II ZR 96/75
in: JR 1977, 412-413
- Lindheimer, Klaus Anmerkung zu LG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.8.1976 - 2/24 S 63/76
in: BB 1977, 470-471
- Locher, Eugen Handels-, Wechsel- und Seerecht
Berlin 1931
- Löscher, Wilhelm Grundbuchrecht
Ein Lehrbuch des formellen Grundstücksrechts (GBO) mit den zum Verständnis notwendigen notariellrechtlichen Anmerkungen
Flensburg 1974
- Lorenz, Werner Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge
in: AcP 156 (1957), 381-413
- ders. Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH, NJW 1965, 812
in: JuS 1966, 429-436
- Ludwig, Georg Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 25.3.1983 - V ZR 268/81
in: JZ 1983, 762-763
- Lübtow, Ulrich von Erbrecht, Eine systematische Darstellung
1. und 2. Halbband
Berlin 1971

- Lüderitz, Alexander Auslegung von Rechtsgeschäften
Karlsruhe 1966
zit.: Lüderitz, Auslegung
- ders. Recht von anonymen Richtern?
in: AcP 168, 329-350
- Lutter, Marcus Zur Umdeutung nichtiger gemeinschaft-
licher Testamente von Nicht-Ehegatten
in: FamRZ 1959, 273-275
- Manigk, Alfred Die Konversion unwirksamer Rechts-
geschäfte
in: Arch.f.R.u.W.Phil. VIII (1914/
15), 529-532
- Martin, Anton Anmerkung zu OLG Oldenburg, Urt. v.
17.1.1979 - 2 U 183/78
in: VersR 1979, 269-271
- Mattern, Friedrich Die Aushöhlung von Testamenten und
Erbverträgen
in: MDR 1960, 1-5
- Mayer-Maly, Theo Beobachtungen und Gedanken zum Wie-
derkauf
in: Festschrift für Franz Wieacker
zum 70. Geburtstag
Göttingen 1978, S. 424-443
zit.: Mayer-Maly, FS Wieacker
- ders. Die Bedeutung des tatsächlichen Par-
teiwillens für den hypothetischen
in: Festschrift für Werner Flume zum
70. Geburtstag: 12. September 1978,
Band I, Köln 1978, S. 621-628
zit.: Mayer-Maly, FS Flume I
- Mecke, Friedrich Beurkundungsgesetz, Erläuterungsbuch
Berlin, Frankfurt a.M. 1970
- Medicus, Dieter Allgemeiner Teil des BGB
Heidelberg 1982
zit.: Medicus, AT
- ders. Vergütungspflicht des Bewucherten?
in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz
München 1973, S. 61-77
zit.: Medicus, GS Dietz
- Meikel, Georg/
Imhof, Wilhelm/
Riedel, Hermann Grundbuchrecht
Kommentar zur Grundbuchordnung
Band II §§ 13-37 GBO
5. Aufl., Berlin 1957
6. Aufl., Berlin 1968

- Merz, Hans Auslegung, Lückenfüllung und Norm-
berichtigung
in: AcP 163 (1964), 305-345
- Michaelis, Karl Scheingeschäft, verdecktes Geschäft
und verkleidetes Geschäft im Gesetz
und in der Rechtspraxis
in: Festschrift für Wieacker
Göttingen 1978, S. 444-462
zit.: K. Michaelis, FS Wieacker
- Michaelis, Richard Wechselrecht, Kommentar auf der Grund-
lage der Deutschen Wechselordnung un-
ter vergleichsweiser Heranziehung der
hauptsächlichsten ausländischen Wech-
selgesetze und des künftigen einheit-
lichen Wechselrechts
Berlin und Leipzig 1932
zit.: Michaelis
- Möller, Franz Die Umdeutung von Blanko-Wechseln
in: DB 1961, 159
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen
Gesetzbuches für das Deutsche Reich,
Amtliche Ausgabe, Bände I - V
Berlin-Leipzig 1888
zit.: Motive (Band, Seite)
- Müller, Gerd Zu den Grenzen der analogen Anwend-
barkeit des § 172 BGB in den Fällen
des Blankettmißbrauchs und den sich
daraus ergebenden Rechtsfolgen
in: AcP 181 (1981), 515-544
zit.: G. Müller
- Müller, Klaus Zur Anwendung des § 566 BGB bei Ab-
änderung eines Mietvertrages
in: JR 1970, 86-91
zit.: K. Müller
- Müller-Freienfels, Wolfram Die Vertretung beim Rechtsgeschäft
Tübingen 1955
- Müller, Heinz/
Gries, Gerhard Wirtschaftskommentar, Kommentar zum
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen, Kartellgesetz
Band 1 Gesetzestext, Erläuterungen
zu den §§ 1-24
Band 2 Erläuterungen zu den §§ 25-
109
4. Aufl., Frankfurt a.M. 1981
zit.: Müller/Gries

Münchener Kommentar

zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240).
AGB-Gesetz
München 1978
Band 2 Schuldrecht. Allgemeiner Teil
(§§ 241-432)
München 1979
Band 3 Schuldrecht. Besonderer Teil.
Halbband 1 (§§ 433-656). Ab-
zahlungsgesetz
München 1980
Halbband 2 (§§ 657-853)
München 1980
Band 4 Sachenrecht (§§ 854-1296).
WEG. ErbbauRVO
München 1981
Band 5 Familienrecht (§§ 1297-1921).
EheG
München 1978
Band 6 Erbrecht (§§ 1922-2385)
München 1982
nebst Ergänzungsband (ErgBd.)
zit.: Münch Komm-Bearbeiter

Oertmann, Paul

Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 5.4.
1929 - 8 U 1/29
in: JW 1929, 2363

ders.

Bürgerliches Gesetzbuch I, Allgemei-
ner Teil
3. Aufl., Berlin 1927
zit.: Oertmann, BGB

ders.

Die Rechtsbedingung (condicio iuris),
Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht
und zur allgemeinen Rechtslehre
Leipzig, Erlangen 1924
zit.: Oertmann, Rechtsbedingung

ders.

Rückwirkende Kraft der Vertragshei-
lung nach BGB. § 313 Satz 2?
in: SeuffBl. 75, 541-547

Opitz, Peter

Der Funktionswandel des Wechselindos-
saments
Berlin 1968

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch
43. Aufl., München 1984
zit.: Palandt-Bearbeiter

Pawlowski, Hans-Martin

Allgemeiner Teil des BGB
Grundlehren des bürgerlichen Rechts
2. Aufl., Heidelberg 1983
zit.: Pawlowski, AT

- Pawlowski, Hans-Martin Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen
Göttingen 1966
zit.: Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen
- Philipp, Richard Zur Umdeutung ungültiger Wechselverpflichtungen
in: JW 1927, 2973-2974
- Pohle, Rudolf Auslegung und Beweislast
in: MDR 1951, 91-92
- Pikalo, Alfred/
Bendel, Bernold Grundstücksverkehrsgesetz, Kommentar Berlin 1963
zit.: Pikalo/Bendel, GrdstVG
- Pikart, Heinz Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sicherungsübereignung
in: WM 1959, 794-802
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Formnichtigkeit von Verträgen
in: WM 1963, 1018-1026
- Planck Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz I. Band. Allgemeiner Teil (§§ 1-240) 4. Aufl., Berlin 1913
zit.: Planck-Bearbeiter
- Pröllss, Erich R./
Martin, Anton/
Pröllss, Jürgen Versicherungsvertragsgesetz mit Erläuterungen zu den wichtigsten Versicherungsbedingungen 23. Aufl., München 1984
zit.: Pröllss/Martin
- Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, I-LXII. Sitzung, Dresden 1863
zit.: Protocolle zum Dresdener Entwurf
- Protocolle 1848 Protocolle der zur Berathung einer Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung in der Zeit vom 20. Oktober bis zum 9. Dezember 1847 in Leipzig abgehaltenen Conferenz (1848)
Leipzig 1848
zit.: Protocolle 1848

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrag des Reichsjustizamts, bearb. von Achilles, Gerhard und Spahn
I.-V. Band
Berlin 1897-1899
zit.: Protokolle (Band, Seite)
- Quassowski, L./
Albrecht, E. Wechselgesetz vom 21. Juni 1933
Unter besonderer Berücksichtigung der amtlichen Materialien (Regierungsvorlagen, Haager und Genfer Konferenzberichte)
Berlin 1934
zit.: Quassowski/Albrecht
- Ramm, Thilo Abschied vom "Mätressentestament"
in: JZ 1970, 129-132
- ders. Einführung in das Privatrecht / Allgemeiner Teil des BGB, Band I u. II
2. Aufl., München 1979
zit.: Ramm, Einführung
- Regelsberger, Ferdinand Pandekten
Erster Band
Leipzig 1893
zit.: Regelsberger, Pandekten I
- Rehfeldt, Bernhardt/
Zöllner, Wolfgang Wertpapierrecht. Ein Studienbuch
13. Aufl., o.O. 1982
zit.: Rehfeldt/Zöllner
- Reichel, Hans Aus dem Rechtsleben, Abtretung und Pfändung
in: AcP 126 (1926), 204- 214
- ders. Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte
in: AcP 104 (1909), 1-150
- Reinicke, Dietrich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.10.1967
- V ZR 153/64
in: NJW 1968, 39-41
- ders. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.3.1969
- III ZR 188/65
in: NJW 1969, 1343-1345
- ders. Bürgschaft und Gesamtschuld
in: NJW 1966, 2141-2146
- ders. Der Einfluß der Scheidung auf die nach den §§ 1365, 1366 BGB schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfte
in: NJW 1972, 1786-1789

- Reinicke, Dietrich Der Rang der Ausgleichsforderung
des Überlebenden Ehegatten im Gü-
terstand der Zugewinnngemeinschaft
in: DB 1960, 1267-1270
- ders. Die neuere Rechtsprechung des Bundes-
gerichtshofs zum Wechsel- und Scheck-
recht
in: WM 1959, 1354-1362
- ders. Die Rechtsfolgen der Verweigerung
einer nach §§ 1365, 1366 BGB erfor-
derlichen Genehmigung
in: NJW 1973, 305-307
- ders. Die Rechtsfolgen eines formwidrig
abgeschlossenen Prozeßvergleichs
in: NJW 1970, 306-309
- ders. Formenmangel und Verschulden bei
Vertragsschluß
in: DB 1967, 109-114
- ders. Die Umdeutung nichtiger Wechsel
in: DB 1960, 1028-1030
- ders. Rechtsfolgen formwidrig abgeschlos-
sener Verträge
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich
1969
zit.: Reinicke, Rechtsfolgen
- ders. Treu und Glauben im Wechselrecht
in: DB 1960, 344-347
- ders. Verwaltungsbeschränkungen im gesetz-
lichen Güterstand der Zugewinnngemein-
schaft
in: BB 1957, 564-568
- ders. Wechselbürgschaft und Bürgschaft
für eine Wechselverbindlichkeit
in: WM 1961, 466-472
- Reinicke, Gerhard in: MDR 1961, 681-682
zit.: G. Reinicke
- Reinicke, Michael Der Satz von der "falsa demonstratio"
im Vertragsrecht
in: JA 1980, 455-463
zit.: M. Reinicke
- Reinicke, Gerhard/
Reinicke, Dietrich Formvorschrift, Treu und Glauben und
Schadensersatz
in: MDR 1954, 641-645

- Reinicke, Dietrich/
Tiedtke, Klaus
Der gutgläubige Erwerb eines Pfand-
rechts an beweglichen Sachen
in: JA 1984, 202-215
zit.: Reinicke/Tiedtke
- Reinicke, Dietrich/
Tiedtke, Klaus
Gesamtschuld und Schuldsicherung
durch Bürgschaft, Hypothek, Grund-
schuld, Pfandrecht an beweglichen
Sachen und Rechten
Neuwied und Darmstadt 1981
zit.: Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld
- Reinicke, Dietrich/
Tiedtke, Klaus
Heilung eines formnichtigen Vorver-
trages und ihre Auswirkung auf die
Vertragsstrafe
in: NJW 1982, 1430-1436
zit.: Reinicke/Tiedtke
- Reinicke, Dietrich/
Tiedtke, Klaus
Kaufrecht einschließlich Abzahlungs-
geschäfte, AGB-Gesetz, Eigentumsvor-
behalt, Factoring, finanzierter
Kaufvertrag, Leasing, Pool-Vereinba-
rungen und Produzentenhaftung
Neuwied und Darmstadt 1982
zit.: Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht
- Reuter, Dieter
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 16.3.1978
- 2 AZR 424/76
in: JuS 1978, 718-719
- Riedel, Hermann
Anmerkung zu KG, Beschl. v. 5.6.1967
- 1 W 772/67
in: RPFleger 1968, 51-52
- ders.
Zur Anwendung der §§ 133, 157, 242
BGB im Grundbuchverfahren
in: RPFleger 1966, 356-361
- Riedel, Hermann/
Feil, Gregor
Beurkundungsgesetz, Kommentar für
die Praxis
Wiesbaden-Dotzheim 1970
zit.: Riedel/Feil
- Ripfel
Zur Frage des Prüfungsrechts des
Grundbuchamts nach § 139 BGB
in: RPFleger 1963, 140-142
- Römer, Robert
Zur Lehre von der Conversion der
Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer
besonderen Anwendung auf das Wech-
selsversprechen
in: AcP 36 (1853), 66-94
- Rosenberg, Leo/
Schwab, Karl Heinz
Zivilprozeßrecht
13. Aufl., München 1981

- Roth, Günter H. Gesetz betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung (GmbHG)
München 1983
zit.: Roth, GmbHG
- Rüthers, Bernd Allgemeiner Teil des BGB
3. Aufl., München 1980
- Sandrock, Otto Die Zählung des widerspenstigen
§ 1365 Abs. 1 BGB
in: Festschrift für Friedrich Wil-
helm Bosch zum 65. Geburtstag, 2.
Dezember 1976
Bielefeld 1976, S. 841-857
zit.: Sandrock, FS Bosch
- ders. Subjektive und objektive Gestaltungs-
kräfte bei der Teilnichtigkeit von
Rechtsgeschäften / Ein Beitrag zur
Auslegung von § 139 BGB
in: AcP 159 (1960), 481-546
- Savigny, Friedrich Carl von Das Obligationenrecht als Theil des
heutigen Römischen Rechts
Zweiter Band
Berlin 1853
zit.: v. Savigny, Obligationenrecht
II
- Schaub, Günter Arbeitsrecht-Handbuch
Systematische Darstellung und Nach-
schlagewerk für die Praxis
5. Aufl., München 1983
zit.: Schaub, Arbeitsrecht
- Schmidt, Karsten Haftungsprobleme der bürgerlich-
rechtlichen Kommanditgesellschaft
(I) und (II)
in: DB 1973, 653-657 (I) und
703-710 (II)
zit.: K. Schmidt
- ders. Zur Stellung der OHG
Diss. Bonn 1972
zit.: K. Schmidt
- Schmidt, K.H. Die Umdeutung der Kündigung und An-
hörung des Betriebsrates
in: DB 1967, 508-511
zit.: K.H. Schmidt
- Schmidt-Futterer, Wolfgang/
Blank, Hubert Wohnraumschutzgesetze, Kündigung,
Mieterhöhung, Mietwucher, Zweckent-
fremdung
5. Aufl., München 1984
zit.: Schmidt-Futterer/Blank

- Schneider, Egon Die Befugnis des Rechtsbeschwerde-
gerichts zur Selbstauslegung
in: MDR 1981, 885-886
zit.: E. Schneider
- Schönwetter, Hans Die erhaltende Umdeutung gem. § 140
in der neueren Rechtsprechung
Diss. Marburg 1934
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz
I. Band §§ 1-44
II. Band §§ 45-85
6. Aufl., Köln 1978/83
zit.: Scholz-Bearbeiter
- Schricker, Gerhard Gesetzesverletzung und Sittenverstoß
München 1970
- Schubert, Werner Anmerkung zu BGH, Ur. v. 30.11.1977
- IV ZR 165/76
in: JR 1978, 289-290
- ders. Anmerkungen zu dem Ur. des BGH v.
26.10.1983 - IVa ZR 80/82
in: JR 1984, 194-195
- Schütz, Wilhelm Die Fortbildung des Scheckrechts
durch die Praxis
in: NJW 1968, 721-726
- ders. Die Umdeutung einer formnichtigen
Bürgschaft in einen Kreditauftrag
in: WM 1963, 1051-1053
- Schwab, Dieter Einführung in das Zivilrecht
4. Aufl., Königstein/Ts. 1980
zit.: Schwab, Einführung
- Sedatis, Lutz Über den Ursprung der Wechselstrenge
Eine historisch-dogmatische Untersu-
chung der Lehre vom rigor cambialis
Berlin 1967
- Seetzen, Uwe Sekundäre Gläubigerrechte nach Ab-
tretung des Hauptanspruchs aus ei-
nem gegenseitigen Vertrag - Zugleich
ein Beitrag zum Schuldnerschutz -
in: AcP 169 (1969), 352-371
- Serick, Rolf Eigentumsvorbehalt und Sicherungs-
übertragung
Band I Der einfache Eigentumsvorbe-
halt
Heidelberg 1963
Band II Die einfache Sicherungsüber-
tragung - Erster Teil
Heidelberg 1965
zit.: Serick, Eigentumsvorbehalt I,
II

- Serozan, Rona
Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht
Tübingen 1968
- Siebenhaar, Eduard
Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863
Leipzig 1863
zit.: Siebenhaar, Das Bürgerliche Gesetzbuch
- Siebenhaar, Eduard/
Siegmann, Georg
Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen
Leipzig 1864
zit.: Siebenhaar/Siegmann
- Sieg, Karl
Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.5.1959
- II ZR 176/58
in: JZ 1959, 577-578
- Sievert, Karl-Heinz
Die Einschränkung der Sicherungsüber-
eignung durch die §§ 138 und 242 BGB
Diss. Münster 1968
- Siller, Robert
Die Konversion (§ 140 BGB)
in: AcP 138 (1934), 144-193
- Simshäuser, Wilhelm
Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-
Testamente, Kritische Bemerkungen zur
höchststrichterlichen Rechtsprechung
Bielefeld 1971
- Soergel, TH./
Siebert, W.
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfüh-
rungsgesetz und Nebengesetzen
11. Aufl., Stuttgart 1978
Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240)
Stand: 1978
Band 3 Schuldrecht II (§§ 516-704)
Stand: 1980
Band 4 Sachenrecht (§§ 854-1296)
Stand: 1978
Band 6 Familienrecht (§§ 1297-1921)
Stand: 1981
Band 7 Erbrecht (§§ 1922-2385)
Stand: 1982
nebst Nachtragsband
zit.: Soergel-Bearbeiter
- Sonnenberger
Verkehrssitten im Schuldvertrag
Rechtsvergleichender Beitrag zur Ver-
tragsauslegung und zur Rechtsquellen-
lehre
München 1970

- Speckmann, Werner Aushöhlung von Erbverträgen und gemeinsamen Testamenten
in: NJW 1971, 176-178
- ders. Aushöhlungsichtigkeit und § 2287 bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten
in: NJW 1974, 341-344
- ders. Die Aushöhlung gemeinschaftlicher Testamente durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden
in: NJW 1968, 2222-2228
- ders. Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung
in: JZ 1970, 401-403
- Spellenberg, Ulrich Die sogenannte Testamentsaushöhlung und die §§ 2287, 2288 BGB
in: FamRZ 1972, 349-356
- Spengler, Hans-Erhard Die Begebung von Schecks mit faxsimilierten Ausstellerunterschriften
in: MDR 1958, 552-556
- Stahlhacke, Eugen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis
3. Aufl., München 1977
- Staub, Hermann Staub's Kommentar zur Wechselordnung, fortgesetzt von F. Stranz und M. Stranz
12. Aufl., Berlin, Leipzig 1929
zit.: Staub/Stranz (12. Aufl.)
- Staub, Hermann/
Stranz, Martin Kommentar zum Wechselgesetz
13. Aufl., Berlin, Leipzig 1934
zit.: Staub/Stranz
- Staudinger, Julius von J. von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
11. Aufl., Berlin 1954
12. Aufl., Berlin 1978
Einleitung, Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 1-89; Verschollenheitsgesetz 1980; §§ 90-240 1980
Fünftes Buch, Erbrecht §§ 2229-2264; Beurkundungsgesetz; §§ 2265-2385 1983
zit.: Staudinger-Bearbeiter
- Steffen, Erich Neues vom Bundesgerichtshof zum "Geliebten Testament"
in: DRiZ 1970, 347-349

- Steindorff, Ernst Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung
in: Summum ius summa inuria
Tübingen 1963
zit.: Steindorff, Summum ius
- Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Dritter Band §§ 511-703d
20. Aufl., Tübingen 1977
zit.: Stein/Jonas-Bearbeiter
- Sternel, Friedemann Mietrecht
2. Aufl., Köln 1979
- Stranz, Martin Wechselgesetz Kommentar
ursprünglich bearbeitet von Dr. J.
Stranz und Dr. M. Stranz
14. Aufl., Berlin 1952
- Sudhoff, Heinrich Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft
in: NJW 1971, 481-486
- Teichmann, Arndt Die "Aushöhlung" erbrechtlicher Bindungen als methodisches Problem
in: MDR 1972, 1-8
- ders. Die Gesetzesumgehung
Göttingen 1962
zit.: Teichmann, Gesetzesumgehung
- Tetzner, Heinrich Vertikale Preisbindung und Schriftform (§ 34 GWB)
in: NJW 1968, 386-388
- Thielmann, Georg Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen
Berlin 1973
- Thieme, Paul Grundbuchordnung
4. Aufl., München, Berlin 1955
zit.: Thieme, GBO
- Thöl, Heinrich Das Handelsrecht, Zweiter Band, Das Wechselrecht
4. Aufl., Leipzig 1878
zit.: Thöl, Handelsrecht II
- Thoma, Hans Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1975
zit.: Thoma, AT
- Thomas, Heinz/
Putzo, Hans Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen
12. Aufl., München 1982
zit.: Thomas/Putzo

- Tiedtke, Klaus Die Umdeutung eines nach den §§ 1365, 1366 BGB nichtigen Rechtsgeschäfts in einen Erbvertrag
in: FamRZ 1981, 1-5
- ders. Die Umdeutung eines Vermächtnisses in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden
in: NJW 1978, 2572-2576
- Trieschmann, Günther Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung
in: BB 1955, 837-839
- Tuhr, Andreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
Zweiter Band. Erste Hälfte
München und Leipzig 1914
zit.: v. Tuhr, AT II 1
- Ulmer, Eugen Akkreditiv und Anweisung
in: AcP 126 (1926), 130-173
- ders. Das Recht der Wertpapiere
Stuttgart, Berlin 1938
zit.: E. Ulmer, Recht der Wertpapiere
- Volkman, Rudolf Irrtum und Reurecht
Diss. Göttingen 1924
- Wächter, Oscar von Encyclopädie des Wechselrechts der Europäischen und Ausser-Europäischen Länder auf Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Alphabetisches Handbuch für den Juristen und Kaufmann
Stuttgart 1881
- Wahl, Eduard Noch einmal zu den Formproblemen des Kartellgesetzes, besonders bei Preisbindungsverträgen
in: JZ 1968, 738-742
- Warneyer, Otto Das Wechselgesetz vom 21. Juni 1933
Berlin 1934
zit.: Warneyer, WG
- Weimar, Wilhelm Kann eine unbegründete, außerordentliche Kündigung von Wohnraum in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden?
in: ZMR 1967, 6
- ders. Die Umdeutung unzulässiger Eintragungen im Grundbuch
in: WM 1966, 1098-1100

- Weimar, Wilhelm Die Umdeutung wechsel- und scheckrechtlicher Erklärungen
in: WM 1967, 862-864
- Westermann, Harm Peter Verdeckte Nachverpfändung von Grundstücken
in: NJW 1970, 1023-1029
zit.: H.P. Westermann
- Westermann, Harry Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.11.1962
- V ZR 127/61
in: JZ 1963, 368-369
zit.: H. Westermann
- ders. BGB - Allgemeiner Teil
5. Aufl., Heidelberg 1983
zit.: H. Westermann
- ders. Personengesellschaftsrecht, BGB-Gesellschaft - OHG - KG
4. Aufl., Köln 1979
zit.: H. Westermann, Personengesellschaftsrecht
- ders. Sachenrecht, Ein Lehrbuch
5. Aufl., Karlsruhe 1966 (Nachdruck 1973)
zit.: H. Westermann, Sachenrecht
- ders. Zur Problematik der "salvatorischen" Klauseln
in: Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, 4. September 1975
München 1975, S. 135-150
zit.: H. Westermann, FS Möhring
- Wieacker, Franz Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung
Karlsruhe 1958
zit.: Wieacker, Gesetz und Richterkunst
- ders. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Folge 193/194
Tübingen 1956
zit.: Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB

- Wiedemann, Herbert Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften
in: Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag
Karlsruhe 1974, S. 585-602
zit.: Wiedemann, FS H. Westermann
- ders. Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts
Band I, Grundlagen
München 1980
zit.: Wiedemann, Gesellschaftsrecht
- ders. Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften
München und Berlin 1965
zit.: Wiedemann, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten
- Wiefels, Josef/
Berg, Hans Bürgerliches Recht .
Überarbeitete Auflage
Heidelberg 1981
zit.: Wiefels/Berg, AT
- Wieling, Hans Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 25.3.1983 - V ZR 268/81
in: JZ 1983, 760-762
zit.: H. Wieling
- ders. Falsa demonstratio non nocet
in: Jura 1979, 524-532
zit.: H. Wieling
- Wieling, Josef Die Bedeutung der Regel "falsa demonstratio non nocet" im Vertragsrecht
in: AcP 172 (1972), 297-316
zit.: J. Wieling
- Wiesner, Georg Beurkundungspflicht und Heilungswirkung bei Gründung von Personengesellschaften und Unternehmensveräußerungen
in: NJW 1984, 95-99
- ders. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft
Heidelberg 1980
zit.: Wiesner, Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster und Dritter Band
7. Aufl., Frankfurt a.M. 1891
zit.: Windscheid Pandektenrecht I, III

- Windscheid, Bernhard/
Kipp, Theodor
Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster
und Dritter Band, 9. Aufl., unter
vergleichender Darstellung des deut-
schen bürgerlichen Rechts, bearb. v.
Theodor Kipp
Frankfurt a.M. 1906
zit.: Windscheid/Kipp, Pandekten-
recht I, III
- Wolf, Ernst
Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts
Lehrbuch
3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1982
zit.: E. Wolf, AT
- Wolf, Manfred/
Horn, Norbert/
Lindacher, Walter F.
AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des
Rechts der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen, Kommentar
München 1984
zit.: Wolf/Horn/Lindacher
- Wolterbeck, Frank
Versicherungsverträge Minderjähriger
oder Entmündigter und Genehmigung des
Vormundschaftsgerichts
in: VersR 1965, 649-652
- Zahrnt, Hanns-Christoph
Die Sicherheit der Scheckeinlösung
Berlin 1971
- Zeiss, Walter
Die Umdeutung einer formnichtigen
Bürgschaft in einen Kreditauftrag
in: WM 1963, 906-910
- Zepos, Panajiotis
Zur Theorie der Ungültigkeit der
Rechtsgeschäfte
in: Grundprobleme des internationa-
len Rechts, Festschrift für Jean
Spiropoulos
Bonn 1957, S. 461-471
zit.: Zepos, FS Spiropoulos
- Zettel, Günther
Der Beibringungsgrundsatz
Seine Struktur und Geltung im deut-
schen Zivilprozessrecht
Berlin 1977
- Zimmermann, Reinhard
Richterliches Moderationsrecht oder
Totalnichtigkeit? Die rechtliche Be-
handlung anstößig-übermäßiger Verträge
Berlin 1979
- Zitelmann, Ernst
Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines
Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich II
Berlin 1890

- Zöller, Richard Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozeßrecht, Mustern für Anträge, Klagen und Entscheidungen, Kostenanmerkungen
13. Aufl., Köln 1981
zit.: Zöller-Bearbeiter
- Zöllner, Wolfgang Arbeitsrecht, Ein Studienbuch
3. Aufl., München 1983
zit.: Zöllner, Arbeitsrecht
- ders. Wertpapierrecht, Ein Studienbuch
13. Aufl., München 1982
- Zweigert, Konrad Seriositätsindizien, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen
in: JZ 1964, 349-354

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der All- gemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) v. 9.12.1976, BGBI. I 3317
AgrarR	Zeitschrift für das Recht der Landwirt- schaft, der Agrarmärkte und des ländli- chen Raumes (Jahr, Seite)
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kom- manditgesellschaften auf Aktien (Aktien- gesetz) v. 6.9.1965, BGBI. I 1089
allg.M.	allgemeine Meinung
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis) (Paragraph, Nummer)
ArbOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20.1.1934, BGBI. I 45
Arch.f.R.u.W.Phil.	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphiloso- phie (Band, Seite)
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehren- gerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte (Band, Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage

BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (vor 1950/ 51: Sammlung von Entscheidungen des Bay- erischen Obersten Landesgerichts in Zivil- sachen) (Jahr, Seite)
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Beschl.	Beschluß
BeurkG	Beurkundungsgesetz v. 28.8.1969, BGBI. I 1513
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896, RGBI. 195, BGBI. III 400-2
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
begr.	begründet
Bl.	Blatt
BFH	Bundesfinanzhof
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
ders.	derselbst
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Ge- setzbuch v. 18.8.1896, RGBI. 604
EheG	Ehegesetz (Gesetz Nr. 16 des Kontrollrates) v. 20.2.1946, KRGBI. 77, BGBI. III 404-1

Einl.	Einleitung
ErbbauRVO	Verordnung über das Erbbaurecht v. 15.1. 1919, RGBl. 72, 122, BGBl. III 403-6
ErgBd.	Ergänzungsband
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift für (Name)
GB0	Grundbuchordnung i.d.F. v. 5.8.1935, RGBl. I 1073, BGBl. III 3 Nr. 315-11
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892, RGBl. 477 i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.5. 1898, RGBl. 846, BGBl. III 4123-1
GrdstVG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz) v. 28.7.1961, BGBl. I 1091, BGBl. III 7 Nr. 7810-1
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. v. Gruchot (Band, Seite)
GS	Gedenkschrift für (Name)
GÜKG	Güterkraftverkehrsgesetz i.d.F. v. 6.8. 1975, BGBl. I 2132
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. v. 24.9.1980, BGBl. I 1761
HEZ	Höchststrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen (Band, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897, RGBl. 219, BGBl. III 4 Nr. 4100-1
h.M.	herrschende Meinung

HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
HS	Halbsatz
i.d.F	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Band, Seite)
JMBL. NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (Jahr, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (Band, Abteilung, Seite)
KRG	Kontrollratsgesetz
KRGBl.	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
KSchG	Kündigungsschutzgesetz v. 25.8.1969, BGBI. I 1317, BGBI. III 8 Nr. 800-2
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Paragraph, Nummer)

LPG	Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen (Landpachtgesetz) v. 25.6.1952, BGBI. I 343, BGBI. III 7 Nr. 7813-2
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Spalte)
m. abl. Anm.	mit ablehnenden Anmerkungen
m. Anm.	mit Anmerkungen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
m.E.	meines Erachtens
MSchG	Mieterschutzgesetz v. 15.12.1942, RGBI. I 712, BGBI. III 4 Nr. 402-12
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmenden Anmerkungen
Nachw.	Nachweise
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
o.	oben
o.a.	oben angegeben(e/n)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (Band, Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben v. Mugdan und Falkmann (Band, Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr, Seite)
R.	Rückseite

RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, herausgegeben v. Mitgliedern des Gerichtshofes (Band, Seite)
Rdn.	Randnummer
Recht	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (Band, Seite)
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
SchG	Scheckgesetz v. 14.8.1933, RGBl. I 597, BGBI. III 4132-1
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr, Seite)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern (Band, Seite)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch i.d.F. v. 2.1.1975, BGBI. I 1
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TestG	Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (Testamentsgesetz) v. 31.7.1938, RGBl. I 973

u.	unten/und
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr, Seite)
WarnR	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, herausgegeben von Warneier (Jahr, Nummer)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) v. 15.3.1951, BGBI. I 175, BGBI. III 4 Nr. 403
WG	Wechselgesetz v. 21.6.1933, RGBI. I 399
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
WO	Wechselordnung i.d.F. der Bekanntmachung v. 3.6.1908, RGBI. 327
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WSchZinsG	Gesetz über Wechsel- und Scheckzinsen v. 3.7.1925, RGBI. I 93, BGBI. III 4132-3
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Jahr, Seite)
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950, BGBI. 533, BGBI. III 310-4, zuletzt geändert am 8.3.1984, BHNl. I 364
z.T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band, Seite)

Einleitung

Haben die Parteien ein Rechtsgeschäft geschlossen, treten die beabsichtigten Rechtsfolgen jedoch nicht ein, weil das Rechtsgeschäft nichtig ist, so kann das gewollte, aber als solches ungültige Geschäft unter den Voraussetzungen des § 140 BGB als ein anderes Geschäft aufrechterhalten werden (Umdeutung oder Konversion). Der Sinn dieser Vorschrift besteht darin, es nicht bei der Gesamtnichtigkeit des Geschäfts zu belassen, sondern den fehlgeschlagenen Willen der Parteien zu verwirklichen, d.h., ihm in rechtlich wirksamer Form Geltung zu verschaffen. Insoweit besteht Einigkeit.¹⁾ In jüngster Zeit hat Kuchinke²⁾ den Sinn des § 140 BGB in sehr anschaulicher Weise charakterisiert: Die Vorschrift sei ein Beispiel dafür, daß der Gesetzgeber dem "rechtsgeschäftlichen Willen Geltung verschaffen will, auch wenn dieser erst aus den Trümmern eines nichtigen Geschäfts geborgen werden muß."

Auf welche Weise dies nach § 140 BGB zu geschehen hat und um was für einen Willen es sich handelt, den es durch die Umdeutung der nichtigen Erklärungen zu verwirklichen gilt, ist umstritten: Nach einer engen Ansicht, die heute insbes. von Flume³⁾ vertreten wird, ist die Konversion ein besonderer Fall der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts. Die Regelung in § 140 BGB sei "grundsätzlich die gleiche" wie die in § 139 BGB.

1) vgl. z.B. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88; Flume, AT II, S. 589, 590; Medicus, AT, Rdn. 516; Krampe, Konversion, S. 280; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1; Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 2; wohl auch Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2ff, 7; Larenz, AT, § 23 III S. 457; Lehmann/Hübner, AT, S. 172; Oertmann, BGB, § 140 Anm. 1, 2; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1; Rütters Rdn. 424, ebenso Rdn. 400; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 1; Ramm, Einführung, S. G 375; v. Tuhr, AT II 1, S. 287f; Thoma, AT, S. 115; Wiefels/Berg, AT, S. 120f; Erman-Brox § 140 Rdn. 1; Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 1222; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 1; Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer § 140 Anm. 1; Brox, AT, Rdn. 317 und 319; Serozan S. 36; Lange/Köhler, AT, S. 237; nach Diederichsen, AT, Rdn. 408 gehört die Umdeutung zu den elegantesten Denkfiguren der Jurisprudenz, da sie ermögliche, eine von den Parteien "verdorbene Situation wieder in Ordnung zu bringen".

2) Kuchinke, NJW 1983, 2358, 2361.

3) Flume, AT II, S. 589, 590.

Dementsprechend gehe es bei der Umdeutung um die Aufrechterhaltung der in dem nichtigen Geschäft liegenden gültigen Momente. Das Rechtsgeschäft werde nicht zu einem anderen gemacht, sondern es werde "aufrechterhalten als das, was es ist, es wird nur eine nicht offenliegende Seite desselben herausgekehrt."¹⁾ Flume²⁾ bezieht sich dabei auf eine Formulierung in den Protokollen zum Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866³⁾ und auf die Konversionslehre Windscheids.⁴⁾ Die heute herrschende Lehre⁵⁾ vertritt demgegenüber eine weitere Ansicht, die mit derjenigen der Rechtsprechung im wesentlichen übereinstimmt. Danach enthält § 140 BGB "einen Anwendungsfall des Grundsatzes, dem Willen der Vertragsschließenden soweit als irgend angängig zum Siege zu verhelfen: Erweist sich der eingeschlagene Weg als ungeeignet, so muß versucht werden, den angestrebten rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg auf einem anderen, zulässigen Wege herbeizuführen..."⁶⁾ Nach einer Formulierung des RG⁷⁾ bestehen Sinn und Zweck der Umdeutung darin, "einerseits die Nichtigkeitsvorschriften zu achten, andererseits aber den rechtsunkundigen Parteien zu helfen, wenn sie sich zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks in Unkenntnis des Gesetzes lediglich in dem angewandten Mittel vergriffen haben und ihren Willen

1) Flume, AT II, S. 592.

2) Flume, AT II, S. 592 Fn. 67 und 68.

3) Protocoll zum Dresdner Entwurf, S. 385 (zit. nach Flume, AT II, S. 592 Fn. 67).

4) Windscheid, Pandektenrecht I (7. Aufl. 1891), § 82 Fn. 15, S. 225; ebenso Windscheid/Kipp, Pandektenrecht I (9. Aufl. 1906), § 82 Fn. 15, S. 431.

5) vgl. z.B. Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 1; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 1; vgl. Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7, 9; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88; Bürck, JuS 1971, 571, 572; Larenz, AT, § 23 III, S. 457; Erman-Brox § 140 Rdn. 1; H. Westermann, AT, S. 124; Schwab, Einführung, Rdn. 599.

6) BGH WM 1961, 87, 88; ähnlich BGH NJW 1974, 43, 44.

7) RGZ 129, 122, 123f; ähnlich BGHZ 19, 269, 273; 40, 218, 222; 68, 204, 206f; BGH NJW 1963, 339; RG JW 1910, 801, 802; RG LZ 1931, Sp. 839, 841; im Anschluß an RGZ 129, 122 ebenso Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88.

zu einem nichtigen Geschäft kundgetan haben, obwohl ihre Erklärungen der Sache nach die Erfordernisse eines gültigen Geschäfts erfüllen und sie bei Kenntnis der Sachlage im Hinblick auf den im wesentlichen gleichen geschäftlichen Erfolg das letztere gewollt haben würden." Während nach der engen Ansicht die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, deren gültige Momente im Sinne einer Teilnichtigkeit aufrechtzuerhalten seien, im Vordergrund stehen, sehen die Rechtsprechung und die herrschende Lehre in der Umdeutung eine Art Formulierungshilfe¹⁾ für die Parteien zur Durchsetzung der mit dem nichtigen Geschäft angestrebten wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele. Darüberhinaus besteht Streit über die Frage, ob Grundlage des umgedeuteten Geschäfts ein wirklicher oder ein nur angenommener, hypothetischer Wille der Parteien sei.²⁾ Noch weitergehend ist insbes. von Siller³⁾ die Ansicht geäußert worden, § 140 BGB biete einen Rechtsbehelf, durch Umwandlung ein anderes, wirksames Geschäft zu schaffen. Erst die Ausübung dieser, unter den Voraussetzungen des § 140 BGB "im nichtigen Geschäft steckende(n) Umwandlungsbefugnis" beseitige die Nichtigkeit, "sei es durch den Spruch des Richters, sei es durch die Einwilligung des Vertragsgegners." Nahezu parallel zu diesem Meinungsstreit verläuft die Diskussion um die dogmatische Einordnung der Konversion. Nach der herrschenden Meinung⁴⁾ ist die Umdeutung mit der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen verwandt, jedoch von diesen abgrenzbar, weil sie weiter gehe als diese. Demgegenüber wird von der extrem weiten Ansicht vertreten, § 140 BGB biete einen Rechtsbehelf sui

1) so insbes. Larenz, AT, § 23 III, S. 458.

2) vgl. zum Meinungsstreit neuerdings Krampe, Konversion, S. 3ff m.w.N.

3) Siller, AcP 138, 144, 145 und 157.

4) vgl. z.B. Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 3; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 2; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a, cc; Erman-Brox § 140 Rdn. 5; Oertmann § 140 Anm. 2; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88f; Larenz, AT, 623 III, S. 457f; Lehmann/Hübner, AT, S. 172; Zeiss, WM 1963, 906, 907; Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 1222; v. Tuhr, AT II 1, 287; Serozan S. 42; zur Rspr. vgl. insbes. BGHZ 19, 269ff.

generis zur Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte, der von der Auslegung streng zu unterscheiden sei.¹⁾ Schließlich sieht die extrem enge Ansicht die Umdeutung selbst als Auslegung i.S.d. §§ 133, 157 BGB an²⁾: § 140 BGB ordne deshalb nichts an, was nicht auch ohne diese Vorschrift zu beachten wäre. § 140 BGB sei "insofern überflüssig".³⁾

Auch die Terminologie ist nicht einheitlich. So findet sich zur Kennzeichnung dessen, was § 140 BGB anordnet, neben den Begriffen Umdeutung und Konversion⁴⁾ eine Vielfalt von weiteren Termini wie z.B. Umwandlung⁵⁾, Umgestaltung⁶⁾, Umschaffung⁷⁾, Umformung⁸⁾, konvertierende Auslegung⁹⁾ und Um-Qualifikation¹⁰⁾.

Diese tiefgreifende, heute noch anhaltende Diskussion zur grundsätzlichen Struktur und begrifflichen und rechtstheoretischen Erfassung der Konversion darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die verschiedenen Ansichten ungeachtet ihrer z.T. geradezu gegensätzlichen Ausgangspositionen in weiten Bereichen zu denselben Ergebnissen gelangen. Die Meinung, die § 140 BGB als Auslegung i.S.d. §§ 133, 157 BGB und damit als "insofern überflüssig" ansieht, läßt z.T. sogar weitergehende Ergebnisse zu als die Lehre, die die Umdeutung als einen über die Auslegung hinausgehenden, von dieser streng zu scheidenden Rechtsbehelf sui generis zur Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte ver-

1) Siller, AcP 139, 144, 149.

2) Krampe, Konversion, S. 280ff, 286ff; ähnlich Hager S. 154ff.

3) Krampe, Konversion, S. 290.

4) Diese Bezeichnungen finden sich in den Gesetzesmaterialien, vgl. Motive I 218 und Protokolle I 127.

5) Fischer, FS Wach, S. 179, 183; Siller, AcP 138, 144, 149; Bichmann S. 9ff.

6) Siller, AcP 138, 144, 149; H.-J. Finger S. 7f.

7) v. Brasch S. 25; Siller, AcP 138, 144, 149.

8) Lange/Köhler, AT (16. Aufl.), S. 344; so nicht mehr in der 18. Aufl., vgl. dort S. 237.

9) Serozan S. 36.

10) Krampe, Konversion, S. 280, 281.

steht.¹⁾ Die vorliegende Arbeit stellt deshalb nicht die angesprochenen dogmatischen und terminologischen Probleme in den Vordergrund, sondern ist bemüht, von den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 140 BGB ausgehend die Grenzen der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu erfassen.

§ 140 BGB hat folgenden Wortlaut:

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

Die Umdeutung hat somit drei Voraussetzungen: Es muß ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegen. Dies muß den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen. Schließlich muß anzunehmen sein, daß die Geltung des anderen Geschäfts, dessen Erfordernissen das nichtige entspricht, bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Die ersten beiden Voraussetzungen bilden den objektiven, die letztere den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB.²⁾

Das zentrale Problem der Umdeutung gem. § 140 BGB liegt in der Frage, unter welchen Voraussetzungen das von den Parteien vorgenommene nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht. Dabei wird insbes. zu klären sein, wie das Ersatzgeschäft, in das das nichtige umgedeutet werden soll, zu ermitteln ist (II.).³⁾ Je nachdem, wie die objektiven Voraussetzungen der Umdeutung gefaßt werden, verbleibt für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB ein engerer oder weiterer Anwendungsbereich (III.).⁴⁾ Vorab ist

1) zu den einzelnen Meinungen vgl. u. S. 111ff.

2) vgl. BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 14 und 19; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 2 und 7; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a und b; Bärck, JuS 1971, 571; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2ff und 9ff.

3) s. u. S. 95ff, 111ff.

4) s. u. S. 219ff.

aber die Frage zu klären, wann ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vorliegt, weil dies die erste Voraussetzung der Konversion ist (I.).¹⁾ Auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind, sind Einschränkungen der Umdeutung insbes. aus dem Zweck der Nichtigkeitsnorm und dem Gebot der Rechtssicherheit möglich (IV.).²⁾ Schließlich stellt sich die Frage, ob und ggf. welche Grenzen sich bei der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen im Prozeß und im Grundbuchverfahren ergeben (V.).³⁾

1) s. u. S. 7ff.

2) s. u. S. 285ff.

3) s. u. S.380ff; zur Umdeutung außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs, mit der sich die vorliegende Arbeit nicht beschäftigt, vgl. insbes. Bauer, ZZP 64, 329ff und Hellwig S. 99 (zur Umdeutung von Prozeßhandlungen) und Krampe, Konversion, S. 290ff, je m.w.N.

I. Das nichtige Rechtsgeschäft

1. Das umzudeutende Rechtsgeschäft

§ 140 BGB setzt seinem Wortlaut nach ein nichtiges Rechtsgeschäft voraus. Eine Einschränkung für bestimmte Rechtsgeschäftsarten enthält die Bestimmung nicht. Demgemäß können alle (nichtigen) Rechtsgeschäfte für eine Umdeutung in Frage kommen.¹⁾

a) Beispiele der Umdeutung verschiedener Rechtsgeschäfte

Das umzudeutende Geschäft wird häufig ein schuldrechtlicher Vertrag sein. So hat z.B. das RG einen formwidrigen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtete, ein Grundstück zu übereignen, in die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an dem Grundstück umgedeutet.²⁾ Für den Begriff des nichtigen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB ist es dabei unerheblich, ob es sich um einen einseitig verpflichtenden oder um einen gegenseitigen Vertrag handelt. So sind z.B. ein nichtiges Schenkungsversprechen als letztwillige Verfügung³⁾, ein wegen Verstoßes gegen § 311 BGB nichtiger Vermögensübertragungsvertrag als Kaufvertrag über die Einzelgegenstände⁴⁾ und die nichtige Zusage, Wohnungseigentum gem. §§ 1ff WEG einzuräumen, als Anspruch auf Gewährung eines Dauerwohnrechtes nach §§ 31ff WEG⁵⁾ aufrechterhalten worden.

Auch gesellschaftsrechtliche Verträge und Beschlüsse können umgedeutet werden. Der BGH hat einen Vertrag, der auf die Er-

1) allgemeine Meinung vgl. z.B. Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 2; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 7; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöller § 140 Rdn. 4; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a, bb; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2f; Erman-Brox § 140 Rdn. 9; Flume, AT II, S. 592; aus der Rspr. vgl. z.B. RGZ 125, 209, 212; BGHZ 26, 320, 328.

2) RG JW 1937, 3153; ebenso RGZ 110, 391ff.

3) RG JW 1910, 467; RG Recht 1912, Nr. 1884; OLG Koblenz HEZ 1, 283.

4) RGZ 76, 1ff.

5) BGH NJW 1963, 339f m.w.N. auf S. 340.

richtung einer OHG gerichtet war, als Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Recht aufrechterhalten.¹⁾ In einer anderen Entscheidung²⁾ ist die unzulässige Abspaltung des Stimmrechts eines Kommanditisten³⁾, die im Gesellschaftsvertrag verankert worden war, in einen gesellschaftsvertraglichen Stimmrechtsausschluß unter gleichzeitiger Schaffung eines entsprechend höheren Stimmrechts für den begünstigten Gesellschafter umgedeutet worden.

Das nichtige Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB kann auch eine Verfügung sein.⁴⁾ So sind z.B. die mangels unmittelbaren Besitzes unwirksame Verpfändung einer Schiffsladung⁵⁾ und die unwirksame Verpfändung eines Grundpfandrechts⁶⁾ in Zurückbehaltungsrechte an der Schiffsladung bzw. an dem über das Grundpfandrecht ausgestellten Brief umgedeutet worden.⁷⁾ Ebenso ist die Umdeutung einer nichtigen Verpfändung einer Sparkassenforderung in ein Zurückbehaltungsrecht an dem übergebenen Sparbuch denkbar.⁸⁾

Den bislang angesprochenen mehrseitigen Geschäften stehen die einseitigen Rechtsgeschäfte gegenüber, bei denen lediglich eine Person beteiligt ist. Hierzu gehören u.a. die Auslobung (§ 657 BGB), die Eigentumsaufgabe (§ 959 BGB), die Bevollmächtigung

-
- 1) BGHZ 19, 269ff = LM Nr. 12 § 140 BGB m. Anm. v. R. Fischer
 - 2) BGHZ 20, 363, 366 = NJW 1956, 1198, 1199 m. Anm. v. Kubisch in NJW 1956, 1753 = LM Nr. 7 zu § 161 m. Anm. v. R. Fischer.
 - 3) zur Unzulässigkeit der Abspaltung des Stimmrechts vgl. Flume, AT I 1, S. 220f m.w.N. und Wiedemann, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 276ff.
 - 4) ganz h.M. vgl. z.B. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 90; Erman-Brox § 140 Rdn. 8; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 7; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 2; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a, aa; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 3 und 12f; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 4.
 - 5) OGHZ 4, 138, 146 = NJW 1950, 784.
 - 6) RGZ 66, 24, 28 (Hypothek); RGZ 124, 28, 32 (Grundschuld).
 - 7) BGH NJW 1968, 1674, 1675.
 - 8) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 90.

(§ 167 BGB) und z.B. die Zustimmung (§§ 182ff BGB).¹⁾ Da § 140 BGB die einseitigen Geschäfte nicht von seiner Anwendbarkeit ausnimmt, kann deren Umdeutung ebenfalls in Betracht kommen.²⁾ So wäre es denkbar, einen rechtlich nicht möglichen einseitigen Verzicht auf eine Forderung³⁾ als Angebot zum Abschluß eines Erlaßvertrages gem. § 397 BGB oder die rechtlich gem. § 4 HGB unmögliche Prokuraerteilung durch einen Minderkaufmann als Handlungsvollmacht i.S.d. § 54 HGB⁴⁾ aufrechtzuhalten.

Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB gelten auch im Erbrecht. § 140 BGB kann deshalb auch auf Verfügungen von Todes wegen und erbrechtliche Geschäfte, insbes. auf erbrechtliche Verträge anzuwenden sein. So hat das RG⁵⁾ den in einem nichtigen Erbvertrag zwischen zwei Geschwistern enthaltenen Verzicht auf das Erbe nach dem gemeinsamen Vater in einen Vertrag nach § 312 Abs. 2 BGB umgedeutet, nach dem der eine Teil verpflichtet war, den auf ihn übergehenden Erbteil auf den anderen Teil, der nach dem (nichtigen) Erbvertrag Alleinerbe sein sollte, zu übertragen. Ebenso kann die Umdeutung eines nichtigen Erbvertrages in ein gemeinschaftliches⁶⁾ oder einseitiges Testament⁷⁾, aber auch z.B. die Umdeutung eines Erbschaftskaufs in die Abtretung der künftigen Erbauseinandersetzungsansprüche des Verkäufers⁸⁾ in Frage kommen. Weiterhin hat der BGH⁹⁾ die Umdeutung eines wegen Verstoßes gegen § 312 BGB

1) vgl. Flume, AT II, S. 135ff; Medicus, AT, Rdn. 202ff.

2) Erman-Brox § 140 Rdn. 8.

3) vgl. Palandt-Heinrichs § 397 Anm. 1 a; RGZ 72, 168, 171; 110, 409, 418.

4) v. Tuhr, AT II 1, S. 290.

5) RG HRR 1927 Nr. 1403; dazu Reinicke, Rechtsfolgen, S. 97.

6) KG KGJ 31 A 112.

7) KG KGJ 35 A 93, 99; KG KGJ 28 A 16; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 90.

8) RGZ 137, 171, 176; vgl. auch RGZ 129, 122, 124 (Umdeutung eines Erbschaftskaufs unter Miterben in einem Erbauseinandersetzungsvertrag).

9) BGH NJW 1974, 43, 44; kritisch dazu J. Blomeyer, FamRZ 1974, 421, der § 312 BGB für nicht durchgreifend ansieht; deshalb sei die Umdeutung kein "Ausweg", sondern ein "Umweg" gewesen, vgl. J. Blomeyer a.a.O., S. 428; vgl. weiterhin zur Umdeutung eines nach § 312 BGB unwirksamen Vertrages: BGHZ 26, 320, 323.

nichtigen Erbteilsübertragungsvertrages, dem der Erblasser zugestimmt hatte, in einen Erbverzicht zugunsten des Erwerbers für zulässig angesehen.

Der Begriff des nichtigen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB ist nicht auf vermögensrechtliche Geschäfte beschränkt. Auch die Umdeutung personenrechtlicher Vereinbarungen kann eine sinnvolle Handhabung des § 140 BGB darstellen. In einem Fall, den das OLG Karlsruhe¹⁾ zu entscheiden hatte, hatten sich die Eltern im Rahmen eines Scheidungsverfahrens geeinigt, daß die elterliche Gewalt mit Vollendung des 6. Lebensjahres ihres Kindes von der Mutter auf den Vater wechseln solle. Die Zulässigkeit einer derartigen zeitlichen Aufteilung der elterlichen Gewalt war umstritten und wurde insbes. von der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt.²⁾ Das OLG hat die Ansicht der Vorinstanz gebilligt, wonach die ggf. unzulässige Vereinbarung der Eltern dahin umzudeuten sei, daß dem Vater die elterliche Gewalt von Anfang an zustehe und die Mutter lediglich für die erste Zeit zu deren Ausübung berechtigt sein sollte. Dazu hat das OLG ausgeführt³⁾, die Vorinstanz habe "zu Recht die Vereinbarung der Eltern über den dem Vormundschaftsgericht zu unterbreitenden Vorschlag als Rechtsgeschäft behandelt, auf das die für Rechtsgeschäfte allgemein geltenden Grundsätze anzuwenden sind."⁴⁾

b) Die Anwendbarkeit des § 140 BGB auf wechsel- und scheckrechtliche Erklärungen

Fehlen einem Wechsel die in Art. 1 bzw. 75 WG bezeichneten Bestandteile, so gilt die Urkunde nach Art. 2 Abs. 1 bzw. 76 Abs. 1

- 1) OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731f.
- 2) BayObLG FamRZ 1976, 36f u. 38f; FamRZ 1965, 51; OLG Frankfurt JW 1962, 920f; OLG Hamm FamRZ 1964, 577; a.A. KG FamRZ 1967, 294ff; für die heutige Rechtslage vgl. Kropholler, NJW 1984, 271, 275f; Münch Komm-Hinz ErgBd. zu § 1671 Rdn. 41.
- 3) OLG Karlsruhe JW 1977, 1731; zustimmend Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a, aa.
- 4) zur Rechtsnatur des Elternvorschlages vgl. Münch Komm-Hinz ErgBd. zu § 1671 Rdn. 37 m.w.N.

WG nicht als Wechsel. Eine entsprechende Regelung findet sich in Art. 1 und 2 Abs. 1 SchG. Die beabsichtigte Wechselverbindlichkeit ist dann nicht entstanden. Der Wechsel ist nichtig.¹⁾ Es kann sich deshalb die Frage stellen, ob § 140 BGB auch auf nichtige wechsel- und scheckrechtliche Erklärungen anzuwenden ist.

Gegen eine derartige Konversion hat Siller grundsätzliche Bedenken geäußert.²⁾ Er meint, das "Verhältnis von Wechsel- und Scheckrecht zum gemeinen Recht (sei) als das der *lex specialis* zur *lex generalis*" gekennzeichnet. Dies schließe zwar die Anwendung des gemeinen Rechts als subsidiäre Rechtsquelle nicht aus. "Zweifelhaft", heißt es weiter, "erscheint aber, ob das Geschäft, das an die Stelle des wechsel- oder scheckrechtlich nichtigen treten soll, nicht wiederum ausschließlich im Wechselrecht als dem Spezialgesetz gefunden werden muß...".³⁾ Auch das RG⁴⁾ hat Bedenken gegen die Umdeutung eines nichtigen Wechsels in eine Anweisung nach bürgerlichem Recht geäußert, weil auf diese Weise "dieselben Urkunden verschiedenen Rechtsbestimmungen unterworfen wären."

Die Bedenken Sillers und des RG sind unbegründet. Das Wechsel- und Scheckgesetz gehen als maßgebliche Bestimmungen sicher dem allgemeinen bürgerlichen Recht vor, wenn das Papier nach diesen Gesetzen wirksam ist.⁵⁾ Die Vorschriften des Wechsel- und Scheckrechts hindern aber nicht, die Erklärungen, die den besonderen Anforderungen des Wechsel- und Scheckrechts nicht genügen, nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Der gegenteiligen Ansicht widerspricht bereits der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 WG bzw. Art. 76 Abs. 1 WG und Art. 2 Abs. 1 SchG. Danach gilt eine Urkunde, die die besonderen wechsel- und scheckrechtlichen Voraussetzungen nicht er-

1) Reinicke, DB 1960, 344; ders., DB 1960, 1028.

2) Siller, AcP 138, 144, 174ff.

3) Siller, AcP 138, 144, 174, 175.

4) RGZ 96, 190.

5) vgl. R. Michaelis Art. 4 WO Anm. 2.

füllt, "nicht als ... Wechsel (bzw. Scheck)". Diese gesetzlichen Anordnungen bedeuten nicht weniger, aber auch nicht mehr, als daß für den Aussteller keine wechselrechtliche Verbindlichkeit entsteht, und daß auch die akzessorischen Erklärungen, die auf eine solche Urkunde gesetzt werden, keine wechselrechtlichen Wirkungen erzeugen.¹⁾ Ob dagegen die als Wechsel oder Scheck unwirksamen Erklärungen möglicherweise als sonstige Rechtsgeschäfte Geltung finden können, ergibt sich dagegen aus dem Wechsel- oder Scheckgesetz nicht. Diese Gesetze begnügen sich mit der Feststellung, daß keine wechsel- bzw. scheckrechtliche Haftung entstanden ist, wenn die Urkunden deren besonderen Voraussetzungen nicht genügen.²⁾ Nichts anderes ergibt sich daraus, daß das WG vom 21.6.1933, das die WO vom 27.11.1848 in der Fassung vom 30.5.1908 ablöste, auf internationalen Abkommen, die der Vereinheitlichung des Wechselrechts dienten, beruht (sog. Genfer Einheitliches Wechselrecht)³⁾, die in Deutschland am 22.6.1933 (RGBl. II 377) veröffentlicht und ratifiziert und damit innerstaatliches Recht wurden. Denn das Einheitliche Wechselrecht hat in die Landesrechte nur insoweit eingegriffen, als es Regeln für den Wechsel selbst aufstellt.⁴⁾ Ob und ggf. welche Rechtswirkungen die Urkunden sonst hervorbringen, entscheidet sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht⁵⁾, von dem das Wechsel- und Scheckrecht nur einen Teil bilden.⁶⁾ § 140 BGB findet deshalb auf nichtige wechsel- und scheckrechtliche Erklärungen uneingeschränkt Anwendung.

1) Jacobi S. 345; so ausdrücklich Art. 7 S. 1 u. 2 WO.

2) Reinicke, DB 1960, 1028.

3) zur Geschichte des Wechselgesetzes vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung WG, Rdn. 1ff, 2f.

4) Hupka S. 17.

5) h.M., vgl. zur WO: Protocolle 1848 S. 18f; Thöl, Handelsrecht II, S. 40f; Römer, AcP 36, 66, 94; Michaelis Art. 4 WO Anm. 2; zum WG vgl. Staub/Stranz Art. 2 Anm. 20; Jacobi S. 345, 346; Quassowski/Albrecht Art. 2 Rdn. 4; Stranz Art. 2 Anm. 2; Baumbach-Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 9; Reinicke, DB 1960, 1028; Krampe, Konversion, S. 263ff, 266; Weimar, WM 1967, 862; Warneyer WG Art. 2 Anm. II 1 a.E.

6) so bereits zur WO Staub/Stranz (12. Aufl.), Allgemeine Einleitung, Anm. 2, S. 31.

c) Rechtshandlungen, insbes. (rechts-)geschäftsähnliche Handlungen

Von den Rechtsgeschäften werden die Rechtshandlungen unterschieden.¹⁾ Während das Wesen des Rechtsgeschäfts darin gefunden wird, daß es eine "Privatwillenserklärung" ist, "gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist"²⁾, knüpft das Gesetz an die Rechtshandlungen Rechtsfolgen, für deren Eintritt es gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt sind oder nicht.³⁾ Da § 140 BGB die Aufgabe hat, den fehlgeschlagenen Willen der Parteien zu verwirklichen, könnte eine Umdeutung von Rechtshandlungen von vornherein ausgeschlossen sein, zumal der Begriff der Rechtshandlung als Gegenbegriff zum Rechtsgeschäft und in Abgrenzung zu diesem gesehen wird.⁴⁾

Die Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen hatte nach den Vorstellungen der Verfasser des BGB aber nicht den Sinn, die Anwendung der Vorschriften über das Rechtsgeschäft auf die Rechtshandlungen generell auszuschließen. Vielmehr ist von einer "Übertragung der für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften" auf die Rechtshandlungen, "in so weitem Umfang sie auch passen mögen", abgesehen worden, weil es angemessener erscheine, "bezüglich der Anwendbarkeit ... die Entscheidung der Wissenschaft anheimzustellen".⁵⁾ Weiteren Aufschluß geben die Motive nicht. Es ist weiter zu differenzieren:

Die Rechtshandlungen werden in die rechtswidrigen Handlungen (insbes. §§ 823ff BGB) und sonstige Tathandlungen (Realakte) wie z.B. Verbindung und Vermischung i.S.d. § 946 BGB oder Ver-

1) vgl. insbes. Flume, AT II, S. 104ff; ders., AcP 161, 52ff.

2) Motive I 127.

3) vgl. Flume, AT II, S. 104, 105; zur Abgrenzung des Rechtsgeschäfts vom rechtlich relevanten Verhalten vgl. Flume, AcP 161, 52, 58ff, 60.

4) Palandt-Heinrichs vor § 104 Anm. 2 a; Flume, AT II, S. 104ff.

5) Motive I 127.

arbeitung i.S.d. § 950 BGB einerseits und die (rechts-)geschäftsähnlichen Handlungen andererseits eingeteilt.¹⁾ Während es sich bei der ersten Gruppe um reine Tathandlungen ohne Erklärungswert handelt, liegt die Besonderheit der geschäftsähnlichen Handlungen darin, daß sie aus Erklärungen bestehen, die auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind (insbes. Aufforderungen und Mitteilungen). Zu den geschäftsähnlichen Handlungen gehören z.B. die Mahnung nach § 284 Abs. 1 BGB, die Fristsetzung nach § 326 Abs. 1 BGB, die Aufforderungen nach § 108 Abs. 2 und § 177 Abs. 2 BGB und die Anzeigen nach §§ 171, 409 Abs. 1, 415 Abs. 1 S. 2, 416 Abs. 1 S. 1 und 478 Abs. 1 BGB.²⁾

Da es sich bei den geschäftsähnlichen Handlungen nicht wie bei den Realakten und rechtswidrigen Handlungen um reine Tathandlungen, sondern um Handlungen mit einem, wenn auch auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten, Erklärungswert handelt, ist es denkbar, daß der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt, daß aber die Rechtshandlung den Erfordernissen einer anderen Rechtshandlung genügt. Dann könnte die Frage, ob die andere Rechtshandlung an Stelle der fehlgeschlagenen gilt, nach den Grundsätzen des § 140 BGB zu beurteilen sein.

Denkbar wäre folgender Fall: Meint der Gläubiger, der Schuldner sei bereits mit seiner Leistung in Verzug und setzt er ihm daraufhin nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB eine letzte Leistungsfrist mit der Androhung, anderenfalls die üblichen Schritte einzuleiten, so hat dieses Schreiben die Rechtswirkungen nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ausgelöst. Es fehlt an dem Verzug des Schuldners und an einer hinreichend deutlichen Ablehnungsandrohung.³⁾ Doch genügt die Leistungsaufforderung in dem Schreiben den Anforderungen einer Mahnung i.S.d. § 284 Abs. 1 S. 2 BGB. Eine Aufrechterhaltung der Erklärungen als Mahnung scheint deshalb i.E. jedenfalls sinnvoll zu sein. Fraglich ist jedoch, ob dazu die Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sein müssen. Denn nach § 140 BGB wäre eine Aufrechterhaltung

1) vgl. Flume, AT II, S. 108ff; Palandt-Heinrichs vor § 104 Anm. 2; ähnlich Medicus, AT, Rdn. 195ff.

2) vgl. Flume, AT II, S. 112f.

3) vgl. Palandt-Heinrichs § 326 Anm. 5 b m.w.N.

nur dann möglich, wenn auch der subjektive Tatbestand dieser Vorschrift erfüllt wäre. Es wäre demnach zu fragen, ob angenommen werden könnte, daß der Gläubiger bei Kenntnis der Wirkungslosigkeit der Fristsetzung nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB die Mahnung gewollt haben würde. Diese Frage ist jedoch für die Geltung der Mahnung sinnlos. Denn die Leistungsaufforderung i.S.d. § 284 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Gläubiger in seinem Aufforderungsschreiben tatsächlich ausgesprochen. Damit treten die Rechtsfolgen der Mahnung kraft Gesetzes ein, ohne daß es auf einen die Rechtswirkungen der Mahnung herbeiführenden Willen des Erklärenden ankommt.¹⁾ Daß sich der Gläubiger möglicherweise weitergehende Rechtsfolgen seines Schreibens vorgestellt und deren Eintritt angestrebt hat, steht dem ebenso wenig entgegen, als wenn sich der Gläubiger überhaupt keine Vorstellung über die Rechtsfolgen seines Mahnschreibens gemacht hätte. Genügt somit eine geschäftsähnliche Rechtshandlung, mit der der Erklärende weitergehende Rechtsfolgen beabsichtigt haben mag, den Anforderungen einer anderen Rechtshandlung, so treten die Rechtsfolgen der letzteren unabhängig davon ein, ob die Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind oder nicht. Dagegen wäre es nicht sachgerecht, die Geltung der anderen Rechtshandlung vom Willen des Erklärenden abhängig zu machen. § 140 BGB findet deshalb auch auf geschäftsähnliche Rechtshandlungen keine Anwendung.

d) Geschäfte ohne Rechtsgeschäftsqualität (Gefälligkeiten und Nicht-Rechtsgeschäfte)

Ein (nichtiges) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB liegt nur vor, wenn die Parteien rechtserheblich handeln wollten und die Erklärungen als rechtsgeschäftlicher Tatbestand aufgefaßt werden können. An ersterem fehlt es bei den bloßen Gefälligkeiten bzw. Geschäften auf der gesellschaftlichen Ebene.²⁾ Lädt z.B. jemand einen anderen zu einem Konzert oder einem Essen ein, um ihm eine Freude zu bereiten oder gesellschaftlichen

1) vgl. Flume, AT II, S. 106, 107.

2) vgl. Medicus, AT, Rdn. 184.

Kontakt mit ihm zu pflegen, und bietet er sich dabei an, ihn anschließend nach Hause zu bringen, so wird er sich in aller Regel an diese Versprechen rechtlich nicht binden wollen. Dem Eingeladenen soll durch derartige Erklärungen nicht etwa ein rechtlicher Anspruch auf Erfüllung eingeräumt werden. Mangels rechtlichen Bindungswillens fehlt es an der Rechtsge-
schäftsqualität der Erklärungen¹⁾ und damit an einem (nichtigen) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. Eine Umdeutung scheidet deshalb von vornherein aus.

An einem (nichtigen) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt es ebenso, wenn die Parteien zwar rechtserheblich handeln wollten, ihre Erklärungen sich aber nicht als rechtsgeschäftlicher Akt qualifizieren lassen (sog. Nicht-Rechtsgeschäfte).²⁾ Haben die Parteien sich z.B. darüber geeinigt, daß der eine Teil dem anderen gegen Entgelt das Eigentum an der Sache zu verschaffen und diese an ihn zu übergeben hat, ohne jedoch (auch nicht in bestimmbarer Form) die Höhe des Entgelts festzulegen, so können die Erklärungen der Parteien nicht als Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB qualifiziert werden. Denn es fehlt an der erforderlichen Einigung über den Kaufpreis, § 433 Abs. 2 BGB. Der "Kaufvertrag" ist nicht nichtig, sondern es liegt überhaupt kein als solcher qualifizierbarer (Kauf-)Vertrag vor.³⁾ Mangels Bestimmbarkeit der Leistungen des Käufers fehlt es an dem rechtsgeschäftlich erfaßbaren, auf die Herbeiführung bestimmter Rechtsfolgen gerichteten Sinn der Erklärungen. An diese können sich deshalb auch keine sonstigen rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen knüpfen. § 140 BGB findet somit auf Nicht-Rechtsgeschäfte keine Anwendung.⁴⁾

e) Fälle fehlender oder unvollständiger Einigung

An einem (nichtigen) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt es auch dann, wenn die Parteien zwar den Abschluß eines Vertrages

1) Medicus, AT, Rdn. 185, 191.

2) Flume, AT II, S. 550; Lehmann/Hübner, AT, S. 169; Zepos, FS Spiropoulos, S. 461, 466, 467 ("Nichtgeschäft").

3) Lehmann/Hübner, AT, S. 169.

4) Flume, AT II, S. 550.

angestrebt haben, dieser jedoch daran gescheitert ist, daß eine Einigung nicht oder nicht über alle Punkte zustande gekommen ist. Ein mangels Einigung nicht zustande gekommener Vertrag ist kein nichtiges, sondern überhaupt (noch) kein Rechtsgeschäft. Die Frage des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts geht deshalb der Frage seiner Nichtigkeit¹⁾ und damit seiner Umdeutbarkeit vor.

aa) Offener Dissens, § 154 BGB

Gem. § 154 Abs. 1 BGB (offener Einigungsmangel) ist ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, solange die Parteien sich nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die eine Vereinbarung getroffen werden soll. Einigen sich die Parteien z.B. in privatschriftlicher Form über die Veräußerung eines Grundstücks, kann jedoch keine Einigung über den genauen Fälligkeitstermin der gegenseitigen Leistungen erzielt werden, so liegt nicht etwa ein mangels notarieller Beurkundung gem. §§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB formnichtiges Rechtsgeschäft vor. Gem. § 154 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 BGB ist im Zweifel der Vertrag noch gar nicht zustande gekommen. Auf die Einhaltung der Form kommt es deshalb nicht an. Nicht dagegen kann man durch Umdeutung zu einem Vertragsschluß kommen.²⁾

§ 140 BGB greift auch seinem Sinn nach nicht ein. Bei § 154 BGB, der allgemein als Auslegungsregel³⁾ angesehen wird, geht es darum, den Parteiwillen zu respektieren. Die Parteien haben in aller Regel nur ein Interesse an dem Abschluß eines Geschäfts, wenn über alle Punkte, über die eine Regelung getroffen werden sollte, auch eine Einigung zustande gekommen ist. Wollte man die Parteien ohne Rücksicht auf die noch offenen Punkte an den sonstigen Vereinbarungen festhalten und die fehlende Regelung ggf. durch das dispositive Gesetzes-

1) Soergel-H. Lange/Hefermehl § 154 Rdn. 2.

2) Erman-Brox § 140 Rdn. 9; vgl. RGZ 93, 300.

3) vgl. Soergel-H. Lange/Hefermehl § 154 Rdn. 6 m.w.N.; Palandt-Heinrichs § 154 Anm. 1 b m.w.N.

recht ergänzen, so würde, wie es in den Motiven¹⁾ heißt, "dem Parteiwillen nach Befinden Gewalt angetan". Ebenso läge es aber, wenn das wegen offenen Dissenses nicht zustande gekommene Geschäft durch Konversion Wirksamkeit erlangen könnte. Eine derartige Umdeutung widerspräche dem Sinn des § 140 BGB. Denn bei dieser Vorschrift geht es darum, den Parteiwillen zu verwirklichen, nicht aber ein Rechtsgeschäft gegen den Parteiwillen durchzusetzen. Ein wegen offenen Dissenses nicht zustande gekommenes Rechtsgeschäft kann deshalb nicht gem. § 140 BGB umgedeutet werden.²⁾

Ein Vertrag kommt dagegen zustande, wenn entgegen der Regelung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB die Auslegung ergibt, daß sich die Parteien ohne Rücksicht auf den offen gebliebenen Punkt bereits endgültig binden wollten.³⁾ In diesem Falle liegt in der unvollkommenen Einigung ein Vertrag, für den die allgemeinen Regeln über das Rechtsgeschäft gelten. Ist er nichtig, z.B. weil es wie in dem obigen Beispielsfall an der gesetzlich vorgeschriebenen Form fehlt, so steht einer Umdeutung gem. § 140 BGB nichts im Wege.

bb) Versteckter Dissens, § 155 BGB

Haben sich die Parteien entgegen ihren Vorstellungen in Wirklichkeit über einen Vertragspunkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, nicht geeinigt, so liegt ein versteckter Dissens i.S.d. § 155 BGB vor. Nach dieser Vorschrift gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Vereinbarung über den unerkannt offen gebliebenen Punkt geschlossen sein würde. Der Unterschied zum offenen Dissens i.S.d. § 154 BGB liegt darin, daß bei jenem die Par-

1) Motive I 28

2) Flume, AT II, S. 593; Erman-Brox § 140 Rdn. 9; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 10.

3) vgl. RGZ 60, 174, 178; BGH LM Nr. 2 zu § 154 BGB; BGH DB 1965, 1589f; WM 1966, 142f; BGHZ 41, 271, 275; BGH WM 1981, 1140, 1141f.

teien die Unvollständigkeit der Einigung kannten, während sie bei dem versteckten Dissens irrtümlich davon ausgingen, daß über alle Vertragspunkte bereits eine Einigung erzielt worden sei.¹⁾ Anders als in § 154 BGB, bei dem das Vereinbarte ohne den offenen Punkt nur gilt, wenn dies die Parteien gewollt haben, kann es bei § 155 BGB auf einen solchen wirklichen Willen nicht ankommen. Denn die Parteien glaubten, bereits eine vollständige Einigung erzielt zu haben. Andererseits würde es, wie es in den Motiven zum BGB heißt²⁾, dem "Interesse des Verkehrs an thunlichster Aufrechterhaltung der Verträge ... widerstreiten, wenn ... hier die Vereinbarung ausnahmslos als unwirksam behandelt würde. Das Vereinbarte muß vielmehr gelten, falls der Punkt, über den eine Einigung noch nicht erfolgt ist, sich im Sinne der Parteien als so unwesentlich darstellt, daß anzunehmen ist, sie würden den Vertrag geschlossen haben, selbst wenn sie sich des Mangels der Einigung über den Punkt bewußt gewesen wären".

Die Frage, ob bei einem versteckten Dissens ein Vertrag über das Vereinbarte zustande kommt, richtet sich also gem. § 155 BGB danach, ob die Parteien auch bei Kenntnis der fehlenden Einigung das Vereinbarte gewollt hätten. Haben die Parteien in dem obigen Beispielsfall irrtümlich geglaubt, eine Vereinbarung über die Fälligkeit sei bereits zustande gekommen, ist dies aber nicht der Fall, weil z.B. Angebot und Annahme sich insoweit (unerkanntermaßen) nicht deckten, so kommt ein Vertrag gem. § 155 BGB auch ohne die beabsichtigte Fälligkeitsabrede zustande, wenn dies dem anzunehmenden Willen der Parteien entspricht. Ist das nicht der Fall, so kommt ein Vertrag nicht zustande. Eine Umdeutung scheidet dann mangels (nichtigem) Rechtsgeschäft wie bei § 154 BGB aus. Kann dagegen gem. § 155 BGB angenommen werden, daß die Parteien den Vertrag auch ohne eine Vereinbarung über den offenen Punkt geschlossen haben würden, so kommt ein Vertrag gem. § 155 BGB zustande. Seine Wirksamkeit richtet sich dann nach den allgemeinen Regeln. Ist das Vereinbarte, wie in dem obigen Bei-

1) zur Abgrenzung vgl. Soergel-H. Lange/Hefermehl § 154 Rdn. 1 u. § 155 Rdn. 1.

2) Motive I 28

spielsfall, wegen Formverstoßes nichtig, so steht einer Umdeutung nichts im Wege.

Zu den Dissensfällen kann somit zusammenfassend festgehalten werden: Da die Regelungen in §§ 154, 155 BGB das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts und nicht dessen Wirksamkeit betreffen, sind diese Vorschriften dem § 140 BGB vorgelagert. Eine Umdeutung kommt nur in Betracht, wenn das betreffende Geschäft nach den Regeln der §§ 154, 155 BGB zustande gekommen ist und dieses sich (z.B. wegen Formverstoßes) als nichtig erweist. Kommt das Rechtsgeschäft dagegen gem. §§ 154, 155 BGB nicht zustande, so fehlt es an einem (nichtigen) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. Eine Umdeutung ist dann ausgeschlossen.

cc) Fehlen jeglicher Einigung, §§ 145, 151 BGB

Fehlt es an jeglichem Konsens, weil sich Angebot und Annahme in keinem Punkt decken, oder bilden die Punkte, über die eine Einigung erzielt wurde, für sich allein genommen kein Rechtsgeschäft, so ist der Vertrag schon nach §§ 145, 151 BGB nicht zustande gekommen. Eine Umdeutung scheidet dann ebenso wie bei §§ 154, 155 BGB mangels (nichtigem) Rechtsgeschäft aus.

Das RG¹⁾ hatte in diesem Zusammenhang folgenden Fall zu entscheiden: Der Erblasser hatte seine Stiefkinder als Erben eingesetzt und seiner Mutter eine Rente zugewandt. Wenige Tage nach seinem Tode erklärte die Mutter des Erblassers in notarieller Verhandlung, den letztwillig berufenen Erben gegenüber auf den ihr zustehenden Pflichtteil am Nachlaß ihres Sohnes zu verzichten. Die Erben nahmen die Erklärungen der Mutter in notarieller Form an. Während sie aber wußten, daß der Erblasser bereits verstorben war, wurde dies der 85-jährigen Mutter verheimlicht, um ihr die Aufregung zu ersparen. Zur rechtlichen Wirksamkeit der Erklärungen hat das RG mit Recht ausgeführt²⁾: Während die Mutter einen Verzichtsvertrag über

1) RGZ 93, 297ff.

2) RGZ 93, 297, 298f.

ihren Pflichtteilsanspruch nach ihrem vermeintlich noch lebenden Sohn gem. § 312 BGB zu schließen gedachte, hätten die berufenen Erben mit ihr einen Erlaßvertrag i.S.d. § 397 BGB über den ihr durch den Tod ihres Sohnes bereits zustehenden Pflichtteilsanspruch schließen wollen. Eine "Willenseinigung (sei) überhaupt nicht zustande gekommen ... Notwendige Voraussetzung eines Vertragsschlusses ist, daß die Parteien über die sog. essentialia negotii einverstanden sind. Das trifft nicht zu, wenn jede von ihnen einen Vertrag ganz anderer Art schließen zu wollen erklärt als die andere". Auch eine Umdeutung scheide aus. "Denn wenn überhaupt kein Vertrag ... zustande gekommen ist, fehlt auch die Grundlage für eine Umdeutung in einen Erlaßvertrag".¹⁾

dd) Gescheiterte Vertragsverhandlungen

Von dem Vertragsschluß sind die Vertragsverhandlungen zu unterscheiden. Die rechtsgeschäftliche Regelung wird erst durch den Vertrag gesetzt. Die Verhandlungen, die den Vertragsschluß erst vorbereiten, sind dagegen nicht rechtsgeschäftlicher Natur. An die Erklärungen, die während der Vertragsverhandlungen abgegeben werden, können sich deshalb auch keine rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen knüpfen.²⁾ Scheitern die Verhandlungen, und kommt es, aus welchem Grunde auch immer, nicht zu dem beabsichtigten Vertragsschluß, so liegt (noch) keine rechtsgeschäftliche, als verbindlich gewollte Regelung vor. Für eine Umdeutung ist kein Raum. Es fehlt an einem (nichtigen) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB.

Von den Vertragsverhandlungen ist der Vorvertrag abzugrenzen, der dem (Haupt-)Vertrag ebenfalls vorgelagert ist. Bei dem Vorvertrag handelt es sich um eine Vereinbarung, durch die sich die Vertragsschließenden verpflichten, einen bestimmten schuldrechtlichen Vertrag abzuschließen.³⁾ Da der Vorvertrag

1) RGZ 93, 297, 300.

2) Flume, AT II, S. 616, 617 u. S. 312 Fn. 44.

3) Flume, AT II, S. 613f; vgl. zur Abgrenzung des Vorvertrages insbes. Henrich S. 99ff, 118.

nach dem Willen der Beteiligten eine rechtsverbindliche Regelung, nämlich die Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages, hervorbringen soll, handelt es sich um einen echten Vertrag, für den die allgemeinen Regeln über das Rechtsgeschäft und die Willenserklärung gelten. Ist er nichtig, liegt ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor. In diesem Zusammenhang hatte der BGH¹⁾ folgenden Fall zu entscheiden: Anläßlich der Olympiade in München im Jahre 1972 fanden zwischen den Parteien Vertragsverhandlungen zur Gründung der Beklagten, einer "Edition Olympia 1972 GmbH" statt. Die GmbH wurde aber letztlich ohne den Kläger gegründet, da die Vertragsverhandlungen mit dem Kläger erfolglos blieben. Der Kläger, der aufgrund der Verhandlungen einen Gründungs-Vorvertrag als zustande gekommen ansah, war der Ansicht, dieser ggf. formnichtige Vertrag sei notfalls in eine formlos zulässige Zusage zur Aufnahme in die GmbH umzudeuten. Dies lehnte der BGH zu Recht mit der Begründung ab, eine Umdeutung nach § 140 BGB setze "ein, wenn auch nichtiges, Rechtsgeschäft, bei Verträgen also eine als verbindlich gewollte Einigung voraus. Hier handelt es sich dagegen nicht um einen nichtigen Vertrag, sondern um gescheiterte Verhandlungen über einen Vertrag, der den Vorstellungen (des Klägers) entsprochen hätte".²⁾

Vertragsverhandlungen sind auch dann als gescheitert anzusehen, wenn einer der beiden nur gemeinschaftlich zur Vertretung einer Gesellschaft berechtigten Gesamtvertreter i.S.d. § 125 Abs. 2 S. 1 HGB eine Verpflichtungserklärung für die Gesellschaft abgegeben hat und sich um die Beibringung der erforderlichen Erklärungen des anderen Gesamtvertreters zwar bemüht, der andere aber seine Mitwirkung verweigert. Ein Vertrag kommt dann nicht zustande.³⁾ Dies hat der BGH in einer neueren Entscheidung⁴⁾ ausgesprochen. Dort hatte einer der beiden Gesamtvertreter eine Anweisung gem. § 784 BGB durch

1) BGH WM 1973, 67ff; zustimmend Krampe, Konversion, S. 284.

2) BGH WM 1973, 67, 68.

3) Flume, AT II, S. 782.

4) BGH, Urt. v. 12.1.1981 III ZR 57/80, abgedr. in WM 1982, 155ff.

einen entsprechenden Vermerk auf der Urkunde angenommen und den Zusatz beigefügt: "Ich werde mich bemühen, die erforderliche zweite Unterschrift ... nachzubringen". Der andere Gesamtvertreter verweigerte jedoch seine Mitwirkung. Eine wirksame Annahmeerklärung lag deshalb unzweifelhaft nicht vor. Zu der Frage, ob die Annahmeerklärung als Verpflichtungserklärung i.S. eines Vertrages zugunsten Dritter auszulegen oder in eine solche umzudeuten sei, hat der BGH¹⁾ zu Recht ausgeführt: "Durch die Annahmeerklärung ... ist ... kein Vertrag zu Gunsten Dritter zustande gekommen. Da diese Erklärung wegen der Nichtmitwirkung des zweiten (Gesamt-)Vertreters (der Gesellschaft) unwirksam geblieben ist, kann sie auch nicht durch Auslegung zu einer verpflichteten Vertragserklärung werden. Eine Umdeutung entfällt ebenfalls, denn es handelt sich nicht um ein nichtiges Geschäft i.S.d. § 140 BGB. Es liegt vielmehr ein unvollständiges Rechtsgeschäft vor, bei dem ein wesentlicher Teil, nämlich die erforderliche Erklärung des zweiten (Gesamt-)Vertreters ... fehlt. Eine solche fehlende Erklärung kann nicht wie eine nichtige, aber zumindest vorhandene Erklärung im Wege der Umdeutung Rechtswirkungen entfalten".

f) Blankettgeschäfte, insbes. Blankowechsel und Blankozession(-verpfändung)

In der Rechtsprechung und Rechtslehre wird die Frage aufgeworfen, ob Blankettgeschäfte, insbes. Blankowechsel und Blankozessionen umgedeutet werden können.

aa) Blankowechsel

So hatte der BGH²⁾ den folgenden Fall zu entscheiden: Der Kläger hielt drei Wechselformulare in Händen, die wechselmäßig ausgefüllt waren. Als Bezogener hatte der Beklagte gezeichnet.

1) BGH WM 1982, 155, 156.

2) BGH WM 1970, 1023.

Als Aussteller war der Kläger angegeben. Jedoch fehlte dessen Unterschrift. Als Wechsel waren die Urkunden demgemäß nach Art. 1 Nr. 8, Art. 2 Abs. 1 WG nicht wirksam. Das Berufungsgericht hatte die Urkunden deshalb als nichtige Wechsel angesehen und gem. § 140 BGB in abstrakte Schuldversprechen umgedeutet, da die Parteien nicht an die Transportfunktion des Wechsels, sondern daran gedacht hätten, Klarheit über die Verpflichtungen des Beklagten zu schaffen. Der BGH lehnte die Umdeutung mit folgender Begründung ab:¹⁾ Es sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszuschließen, daß die Parteien dennoch die Schaffung von Wechselverbindlichkeiten gewollt hätten mit der Maßgabe, daß der Kläger berechtigt sein sollte und war, die Wechsel durch seine Unterschrift zu vervollständigen. "In diesem ... Falle", heißt es in der Entscheidung weiter, "läge kein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor, und für eine Umdeutung wäre kein Raum ..." ²⁾ Demgegenüber hat das RG ³⁾ einen Wechsel als nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB behandelt, obwohl die Beteiligten die Angabe des Remittenten bewußt offen gelassen und sogar auf der Rückseite des Wechsels vor weiteren Indossamenten eine Lücke gelassen hatten, in die der spätere Remittent sein Indossament (Giro) setzen sollte. ⁴⁾ In der Rechtslehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, der unausgefüllt gebliebene Blankowechsel sei kein (nichtiges) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. ⁵⁾ Demgegenüber meint Möller ⁶⁾, ein Blankowechsel sei bis zu seiner Vervollständigung als schwebend unwirksames Rechtsgeschäft anzusehen. Deshalb empfiehlt er eine analoge Anwendung des § 140 BGB, wenn der Blankowechsel durch Ablauf einer gesetzten Ausfüllungsfrist endgültig unwirksam geworden sei.

1) BGH WM 1970, 1023, 1024.

2) ähnlich BGH WM 1972, 461.

3) RGZ 130, 82ff.

4) vgl. RGZ 130, 82, 84; i.E. lehnte das RG die Umdeutung jedoch aus anderen Gründen ab, vgl. u. S. 102ff, 105.

5) Reinicke, DB 1960, 1028, 1030; Jacobi S. 343, 344; Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Anm. 13; Staub/Stranz Art. 2 Anm. 20; Hueck/Canaris S. 63; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 18 a.E.

6) Möller, DB 1961, 159.

Die Besonderheit des Blankettgeschäfts besteht darin, daß die Vertragsurkunde von den Parteien bewußt unvollständig gelassen wird und dem einen Teil gestattet wird, die (noch) fehlende Vertragserklärung nachzutragen und auf diese Weise die Verbindlichkeit mit Wirkung gegen den anderen Teil, der die Blankoerklärung abgegeben hat, entstehen zu lassen.¹⁾ Z.B. liegt ein Blankettgeschäft vor, wenn der Schuldner einen Schuldschein unterzeichnet, auf dem die Höhe des zu zahlenden Betrages offen ist, und er diesen Blankoschuldschein dem Gläubiger mit der Ermächtigung überläßt, die Schuldhöhe nachzutragen. Macht der Gläubiger von diesem Recht keinen Gebrauch, setzt er also einen Schuldbetrag in die Urkunde nicht ein, so kommt ein Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis gem. §§ 780, 781 BGB nicht zur Entstehung. Die fehlende rechtliche Bindung aus dem unausgefüllt belassenen Blankettgeschäft ergibt sich schon daraus, daß das Geschäft (noch) nicht zustande gekommen ist. Es fehlt an der Schuldserklärung. Dagegen ist in dem o.a. Beispiel das Schuldversprechen bzw. Schuldanerkennntnis nicht etwa gem. § 125 S. 1 BGB nichtig, weil die ohne die Schuldserklärung unvollständige Blanketturkunde der gem. §§ 780, 781 S. 1 BGB vorgeschriebenen Schriftform i.S.d. § 126 BGB nicht genügt. Das unvollständig gebliebene Blankettgeschäft ist somit kein nichtiges, sondern überhaupt (noch) kein Rechtsgeschäft. Eine Umdeutung scheidet deshalb aus. Für eine Konversion besteht auch kein Bedürfnis, weil der Berechtigte von der ihm im Rahmen der Blankettabrede gegebenen Ermächtigung Gebrauch machen kann, durch Vervollständigung der Blanketturkunde die Verbindlichkeit zur Entstehung zu bringen.²⁾

Dies gilt auch für Blankowechsel. Unterbleibt die Vervollständigung, so kommt eine Wechselverbindlichkeit nicht zustande³⁾, so daß es an einem (nichtigen) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB

1) vgl. Flume, AT II, S. 253ff; G. Fischer S. 3 m.w.N.; zum Streit über die rechtsdogmatische Einordnung der Blankettausfüllung vgl. G. Müller, AcP 181, 515ff, 518ff.

2) Reinicke, DB 1960, 1028, 1030 (für Blankowechsel).

3) Stranz Art. 2 Anm. 1; Liesecke, WM 1971, 294, 298.

fehlt. In dem o.a. Reichsgerichtsfall¹⁾, in dem der Name des Remittenten bewußt offen gelassen wurde und der Wechsel zur späteren Vervollständigung bestimmt war, lag deshalb ein Blankowechsel vor. Die Umdeutung scheiterte damit bereits an dem Fehlen eines nichtigen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB.

Nichts anderes kann gelten, wenn der Berechtigte den Blankowechsel nicht mehr ausfüllen kann, weil die ihm hierzu gegebene Frist verstrichen ist oder aber die wechselfähigen Ansprüche im Augenblick der Vervollständigung der Urkunde bereits verjährt wären.²⁾ Das unvollständige Geschäft wird nicht allein dadurch zu einem vollständigen, daß die Vervollständigung nicht mehr vorgenommen werden darf oder wegen fehlender Durchsetzbarkeit rechtlich bedeutungslos wäre. Die gegenteilige Ansicht Möllers³⁾ überzeugt deshalb nicht. Füllt der Inhaber des Blankowechsels die Urkunde dagegen nach Ablauf der Verjährungs- bzw. Ausfüllungsfrist aus, so liegt ein vollständiger Wechsel und damit ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor. Ob dagegen ein solcher Wechsel auch als ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB angesehen werden kann, richtet sich nach den Regeln über die einredebehafteten Geschäfte, die im einzelnen später angesprochen werden.⁴⁾

bb) Blankettgeschäfte und versehentlich unvollständige Geschäfte

Ein Blankettgeschäft liegt nur vor, wenn sich die Parteien darüber im klaren sind, daß das Geschäft zu seiner Entstehung noch der Vervollständigung bedarf. Bleibt die betreffende Vertragsurkunde dagegen versehentlich unvollständig, glaubten die Parteien also, bereits alle erforderlichen Erklärungen in wirksamer Form abgegeben zu haben, so liegt ein als verbindlich gewolltes Rechtsgeschäft vor, auf das die Regeln über das Blan-

1) RGZ 130, 82

2) Reinicke, DB 1960, 1028, 1030.

3) Möller, DB 1961, 159

4) s. u. S. 58ff.

kettengeschäft keine Anwendung finden.¹⁾ Unterbleibt z.B. die Unterschrift des Ausstellers auf einem Wechsel versehentlich, so liegt kein Blankowechsel vor, sondern ein Wechsel, dem ein notwendiger Bestandteil gem. Art. 1 Nr. 8 WG fehlt. Der Wechsel gilt deshalb nach Art. 2 Abs. 1 WG nicht als gezogener Wechsel. Es liegt somit ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor. Dagegen ist eine nachträgliche Vervollständigung des Wechsels nicht möglich²⁾, weil es an der erforderlichen Blankettabrede, nämlich der Ermächtigung zur Vervollständigung, fehlt.³⁾

cc) Blankozession(-verpfändung)

In der Rechtslehre wird unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des RG die Ansicht vertreten, die Blankoabtretung einer Hypothekenforderung lasse sich ggf. in eine Verpfändung umdeuten.⁴⁾ Es fragt sich, ob diese Ansicht dem oben gefundenen Grundsatz, wonach Blankettgeschäfte nicht umgedeutet werden können, widerspricht.

Von einer Blankozession spricht man, wenn der Name des Zessionars in der Zessionsurkunde offen gelassen wird.⁵⁾ Umstritten ist, ob die Blankozession zu den Blankettgeschäften zu zählen ist. Nach der Ansicht Blomeyers⁶⁾ ermächtigt die Blankozession lediglich den Vertragspartner, die Blankozession für sich oder für einen anderen mit Wirkung gegen den Zedenten zu vollenden,

1) vgl. insbes. BGH NJW 1957, 1837f; RGZ 164, 10, 14; Liesecke, WM 1971, 294, 298.

2) Baumbach-Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 3; Liesecke, WM 1966, 202, 203.

3) BGH NJW 1957, 1837; Reinicke, WM 1959, 1354; ders., DB 1960, 344, 346.

4) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 10 unter Hinweis auf RG JW 1928, 174.

5) vgl. Palandt-Heinrichs § 126 Anm. 3 b; Münch Komm-Roth § 398 Rdn. 22; Flume, AT II, S. 254ff; A. Blomeyer, FS Rabel I, S. 306, 310.

6) A. Blomeyer, FS Rabel I, S. 306ff, 320ff.

indem er die Blankourkunde mit dem Namen des Zessionars vervollständigt. Einer anderen Ansicht zufolge¹⁾ ist die Blankozession, je nachdem, wie die Urkunde ausgefüllt wird, eine Zession an den Geschäftspartner des Blankozedenten oder ein Vertrag zu Gunsten Dritter, d.h. zu Gunsten desjenigen, dessen Name in die Urkunde nachträglich eingesetzt wird. Schließlich wird vertreten²⁾, mit der Blankozession verliere der Zedent zwar schon das Recht, bis zur Vervollständigung der Urkunde und Benennung des Zessionars stehe das Recht aber niemandem zu. Bis zu diesem Zeitpunkt sei es mangels Inhabers ein "subjektloses Recht".³⁾ Flume⁴⁾ hat sich gegen diese Ansichten gewandt. Er meint, schon der gemeinsame Ausgangspunkt der Gegenmeinungen, wonach die Blankoabtretung als Geschäft unvollständig sei, sei verfehlt. Die Deutungen der Blankozession; wie sie von den Gegenmeinungen vertreten werden, seien nicht auf den Inhalt der Blankozession abgestellt, sondern argumentierten vom gewünschten Ergebnis her und seien überdies als Konstruktion in unserer Rechtsordnung nicht einzuordnen.

Die Kritik Flumes ist berechtigt. Für die rechtliche Qualifizierung der Blankozession kommt es darauf an, was die Parteien damit erreichen wollten. Hatte die Ausstellung der Blankozessionsurkunde den Zweck, den einen Teil zu ermächtigen, die Urkunde mit Wirkung gegen den Zessionar auszufüllen und damit die Abtretung wirksam werden zu lassen, so liegt ein Blankettgeschäft vor. Solange die Vervollständigung der Urkunde unterbleibt, ist die Abtretung nicht zustande gekommen.⁵⁾ Für die Umdeutung ist dann mangels (nichtigem) Rechtsgeschäft

1) Enneccerus/Lehmann § 78 II 5.

2) Erman-H.P. Westermann § 398 Rdn. 3; Dölle, FS Wolff, S. 23ff m.w.N.; einschränkend auch A. Blomeyer, FS Rabel I, S. 306, 322.

3) Dölle, FS Wolff, S. 23, 25ff; a.A.: Dohm, WM 1973, 886, 887ff m.w.N.

4) Flume, AT II, S. 254, 255f.

5) vgl. BGHZ 22, 128, 132; für Blankoabtretung einer Briefgrundschuld vgl. weiterhin BGH BB 1956, 1168; RG JW 1930, 61; RGZ 63, 230, 235; BGB-RGRK-Weber § 398 Rdn. 33.

i.S.d. § 140 BGB kein Raum. Die Parteien, die eine Blankozessionsurkunde ausstellen, können damit aber auch z.B. den Zweck verfolgen, dem Inhaber die weitere besondere Beurkundung zu ersparen, wenn er das ihm abgetretene Recht an einen Dritten weiter veräußern will oder die Entstehung neuer Einwendungen des Schuldners in der Person des Zessionars als Zwischenerwerber, die nach § 404 BGB auch den späteren Gläubigern (Zessionaren) entgegengehalten werden könnten, zu verhindern.¹⁾ In diesem Falle liegt in der Blankoabtretung eine echte und vollständige Zession der Forderung. Gibt der Inhaber die Blankozessionsurkunde weiter, indem er sogleich den Namen des Dritten einsetzt, so liegt in der Blankozession bereits eine vollwertige Zession, derzufolge der Zessionar mit der Blankozession Inhaber der Forderung wird und der Zedent seine Forderung mit der Blankozession verliert. Bei der Weitergabe der Zession und Ausfüllen der Blankourkunde handelt der Zessionar dann nicht mehr kraft Vollmacht des ersten Zedenten, sondern im eigenen Namen kraft eigenen Rechts. Ist die Abtretung formlos möglich, so ist auch die Abtretung unter Ausstellung der Blankourkunde ohne weiteres wirksam.²⁾ Eine Umdeutung kommt mangels nichtigen Rechtsgeschäfts von vornherein nicht in Betracht. War dagegen die Abtretung z.B. wie im Falle der Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung gem. § 1154 BGB formbedürftig, so können sich Umdeutungsprobleme ergeben.

In diesen Zusammenhang gehört die oben zitierte Entscheidung des RG.³⁾ Dort hatte der Inhaber einer Briefhypothek eine von ihm unterzeichnete Abtretungserklärung, bei der der Name des Zessionars offen gelassen war, nebst dem dazu gehörigen Hypothekenbrief einem Makler mit dem Auftrag übergeben, Geld auf die Hypothek zu beschaffen. Der B. (das ist der Geldgeber) übergab dem Makler für dessen Auftraggeber eine bestimmte Geldsumme und erhielt dafür den Hypothekenbrief und die Abtretungsurkunde, ohne daß jedoch sein Name darin eingesetzt wurde. Der von den Beteiligten ausgesprochene Wille ging da-

1) Münch Komm-Roth § 398 Rdn. 22; Dohm, WM 1973, 886, 887.

2) vgl. Dohm, WM 1973, 886, 890f.

3) RG JW 1928, 174.

hin, daß dem B. der Hypothekenbrief und die Abtretungsurkunde zu "Verpfändungszwecken" gegeben werden sollten, und er ein Pfandrecht ("Faustpfand") an der Hypothek haben sollte. Das RG¹⁾ stellte zunächst fest, daß die Verpfändung der Hypothekenforderung gem. §§ 1274, 1154 BGB der Schriftform bedurfte und diese durch die Übergabe der Blankoabtretungsurkunde einschließlich des Briefes nicht gewahrt war. Aus einem Schreiben vom Tage der maßgeblichen Verpfändung des Maklers an den B. ergab sich jedoch dessen in der Abtretungsurkunde fehlender Name. Das RG hat zur Umdeutung ausgeführt:²⁾ Das Schreiben erfülle seiner Form nach die Erfordernisse einer schriftlichen Verpfändungserklärung gem. §§ 1274, 1154 BGB. Es sei "denkbar und nicht fern liegend - nötigenfalls im Wege der Konversion (§ 140 BGB) durch Ermittlung des hypothetischen Willens der Kontrahenten ... für den Fall, daß sie die Nichtigkeit einer durch die bloße Abtretungsurkunde gewollten Verpfändung gekannt hätten -, ein mittels dieses Briefes in Verbindung mit der Übergabe des Hypothekenbriefs oder Abtretungsurkunde begründetes Pfandrecht des ... B. festzustellen ... Äußerstenfalls", erwägt das RG weiter, "würde zu prüfen sein, ob nicht im Wege der Konversion ein persönliches Zurückbehaltungsrecht des B. an dem Hypothekenbrief bis zur Tilgung seiner Forderung als vereinbart anzusehen ist ..." In dem Fall des RG ging es also um Fragen der Umdeutung einer als gem. §§ 1274, 1154, 125 BGB formnichtig angesehenen Verpfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung. Die Parteien glaubten, durch Übergabe der Blankoabtretungsurkunde und des Hypothekenbriefs eine wirksame Verpfändung der Forderung vorgenommen zu haben. Die Verpfändung scheiterte aber, weil die Schriftform nicht eingehalten war: Es fehlte sowohl an dem schriftlich zum Ausdruck gekommenen Willen, die Forderung zu verpfänden - die Urkunde enthielt ihrem klaren Wortlaut nach eine Abtretungserklärung - als auch an der Angabe des Pfandnehmers in der Urkunde. Mit einem echten Blankettgeschäft hatten die Vereinbarungen aber nichts zu tun. Denn die Parteien wollten nicht den B. durch Ausfüllen der Blankourkunde ermächtigen, die Ver-

1) RG JW 1928, 174, 175.

2) RG JW 1928, 174, 175.

pfändung der hypothekarisch gesicherten Forderung erst herbeizuführen, sondern sie wollten dem B. mit der Übergabe der Urkunden unmittelbar das Pfandrecht zuwenden. Mit der angeführten Entscheidung läßt sich deshalb lediglich die Umdeutung einer formnichtigen Verpfändung einer Forderung belegen, nicht jedoch die Umdeutung eines Blankettgeschäfts. Die Entscheidung steht somit nicht im Widerspruch zu dem Grundsatz, daß unvollständig gebliebene Blankettgeschäfte nicht umgedeutet werden können.

2. Begriff der Nichtigkeit

Das umzudeutende Rechtsgeschäft muß nach § 140 BGB nichtig sein. Eine Definition des Begriffs Nichtigkeit ist im BGB nicht enthalten. Im ersten Entwurf zum BGB war jedoch in § 108 die folgende Bestimmung vorgesehen:

"Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre".

Im zweiten Entwurf wurde die Vorschrift gestrichen, weil die Kommission Beanstandungen hinsichtlich des Passus "in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen" befürchtete und weil sie der Ansicht war, daß der Begriff der Nichtigkeit in der Wissenschaft feststehe und deshalb einer eingehenden Definition nicht bedürfe.¹⁾ Nach der im ersten Entwurf gegebenen Begriffsbestimmung, die durch die Streichung des § 108 im zweiten Entwurf keine sachliche Veränderung erfahren sollte, bedeutet Nichtigkeit, daß das nichtige Rechtsgeschäft die mit seiner Vornahme beabsichtigten rechtlichen Wirkungen nicht erreicht. Abzustellen ist auf die rechtsgeschäftliche Regelung, die die Parteien mit dem vorgenommenen Geschäft erreichen wollten. Das Rechtsgeschäft ist demnach nichtig, wenn die rechtsgeschäftliche Regelung, wie sie nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts gelten soll, nicht gilt.²⁾

1) Protokolle I 260, 261.

2) Flume, AT II, S. 547; ähnlich Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 158, 159, wonach einem nichtigen Rechtsgeschäft nur bestimmte Rechtsfolgen nicht zukommen, die sie "nach den Intentionen der Parteien haben" sollten.

a) Die Terminologie des Gesetzes

Das BGB benutzt für den Fall, daß ein Rechtsgeschäft nicht gelten soll, hauptsächlich die Ausdrücke nichtig und unwirksam. Die Normen, die ausdrücklich die Nichtigkeit anordnen, sind zahlreich und auf alle Bücher des BGB verstreut (vgl. beispielsweise im Allgemeinen Teil die §§ 116-118, 125, 134, 138 BGB, im Schuldrecht die §§ 306, 312 BGB, im Sachenrecht die §§ 1136 BGB (rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung des Eigentümers eines Grundstücks) und 1229 BGB (Eigentumsverfallvereinbarung zu Gunsten des Pfandgläubigers), im Familienrecht die §§ 1297 Abs. 2 BGB (Strafversprechen für den Fall der Nichteingehung der Ehe) und 1615 e Abs. 1 S. 2 BGB (unentgeltlicher Unterhaltsverzicht des nicht ehelichen Kindes für die Zukunft) und schließlich im Erbrecht die §§ 2263 BGB (Verbot des Erblassers, nach seinem Tode das Testament alsbald zu eröffnen) und 2302 BGB (vertragliche Einschränkung der Testierfreiheit)). Den Terminus "unwirksam" verwendet das Gesetz z.B. in § 111 S. 1 BGB für ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen wurde, in § 174 S. 1 BGB für ein einseitiges Geschäft, das ein Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen hat und z.B. in § 388 S. 2 BGB für eine bedingte Aufrechnungserklärung. In weiteren Fällen ordnet das Gesetz nicht ausdrücklich die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts an, sondern bestimmt lediglich, daß das betreffende Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden kann. Solche Anordnungen finden sich z.B. in §§ 137 S. 1 BGB (rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot), 276 Abs. 2 BGB (Ausschluß der Haftung für Vorsatz im voraus), 181 BGB (Verbot des Selbstkontrahierens) und z.B. in § 1059 S. 1 BGB (Unübertragbarkeit eines Nießbrauchs). In anderen Fällen stellt das Gesetz besondere Voraussetzungen auf, unter denen die betreffenden Rechtsgeschäfte erst wirksam werden können. Die wichtigsten Beispielfälle sind die Rechtsgeschäfte, die zur Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten abhängig sind, nämlich wenn z.B. Minderjährige (§ 108 BGB), Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 Abs. 1 BGB) gehandelt haben, ein Nichtberechtigter verfügt (§ 185 BGB) oder ein Ehegatte sein gesam-

tes Vermögen veräußert hat (§§ 1365, 1366 BGB). Weiterhin sind die wegen Irrtums oder Drohung gem. §§ 119, 120, 123 und 2078 BGB anfechtbaren Rechtsgeschäfte zu nennen. Als Rechtsfolge der wirksamen Anfechtung ist in § 142 BGB angeordnet, daß das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

In all diesen nur beispielhaft aufgeführten Fällen äußern die vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht die rechtlichen Wirkungen, die seitens der Erklärenden beabsichtigt waren. Es fragt sich deshalb, ob und ggf. in welchen Fällen § 140 BGB Anwendung finden kann.

b) Nichtige Rechtsgeschäfte

Bezeichnet das Gesetz ein Rechtsgeschäft ausdrücklich als "nichtig", so bestehen für die Anwendbarkeit des § 140 BGB jedenfalls dem Grundsatz nach keine besonderen Probleme, weil die Vorschrift ihrem Wortlaut nach gerade ein nichtiges Rechtsgeschäft voraussetzt.

aa) Anerkannte Fälle

Da § 140 BGB keine Einschränkung hinsichtlich des Grundes der Nichtigkeit enthält, können alle nichtigen Geschäfte ohne Rücksicht auf den Grund der Nichtigkeit für eine Umdeutung in Frage kommen.¹⁾ Gleichgültig ist es also, ob das Gesetz die Nichtigkeit an die Nichteinhaltung der erforderlichen Form des Rechtsgeschäfts knüpft (vgl. § 125 BGB)²⁾ oder sich z.B. gegen

1) Allg. M., vgl. z.B. Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a, bb; Erman-Brox § 140 Rdn. 9; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 8; Flume, AT II, S. 592; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88; Brox, AT, Rdn. 318.

2) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; die Umdeutung formwidriger Geschäfte wird in der Rechtslehre z.T. als Hauptanwendungsfall des § 140 BGB bezeichnet, vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, a.a.O.; Larenz, AT, S. 458; Ramm, Einführung, S. G 375.

den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen richtet (vgl. § 306 BGB).¹⁾ Ebenso macht es für die Anwendbarkeit des § 140 BGB keinen Unterschied, in welchem Buch sich die Nichtigkeitsnorm findet. So hatte der BGH²⁾ einen Fall zu entscheiden, in dem sich der eine Teil im Rahmen eines Vergleichs verpflichtet hatte, dem anderen Teil ein Grundstück durch einen noch abzuschließenden Erbvertrag zu vermachen. Diese Verpflichtung war gem. § 2302 BGB nichtig. Zur Frage, ob gem. § 2302 BGB nichtige Geschäfte außerhalb des Anwendungsbereichs des § 140 BGB lägen, hat der BGH zutreffend ausgeführt³⁾, die Nichtigkeit i.S.d. § 2302 BGB unterscheide sich "in nichts von dem Zustand, der eintritt, wenn in anderen Fällen ... ein Rechtsgeschäft vom Gesetz als 'nichtig' behandelt wird. Das Gemeinsame aller dieser Tatbestände besteht darin, daß es zu keiner rechtlichen Bindung kommt, sofern nicht ausnahmsweise die ... Voraussetzungen des § 140 BGB vorliegen ..."

Danach können grundsätzlich alle nichtigen Rechtsgeschäfte ohne Rücksicht auf den Grund der Nichtigkeit für eine Umdeutung in Frage kommen.

bb) Erklärungen, denen kein Rechtsfolgewille zugrundeliegt

In einigen Fällen ist (ausnahmsweise) die Anwendbarkeit des § 140 BGB von vornherein ausgeschlossen, obwohl das Gesetz seinem Wortlaut nach das Geschäft bzw. die Willenserklärung als nichtig bezeichnet.

(1) Geheimer Vorbehalt, § 116 BGB

Behält sich jemand bei der Abgabe einer Willenserklärung insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen, so ist dieser geheime

1) vgl. BGHZ 19, 269ff.

2) BGH WM 1961, 87ff.

3) BGH WM 1961, 87, 88; zustimmend OLG Hamm NJW 1974, 60, 61.

Vorbehalt (sog. Mentalreservation)¹⁾ gem. § 116 S. 1 BGB unbeachtlich. Die Willenserklärung gilt. Der Erklärende muß zu seinem Wort stehen.²⁾ Hat dagegen bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung der Erklärungsgegner den Vorbehalt gekannt, so ist die Erklärung gem. § 116 S. 2 BGB³⁾ nichtig. Seinem Wortlaut nach könnte § 140 BGB deshalb im Falle der erkannten Mentalreservation anwendbar sein.

Jedoch greift die Umdeutung ihrem Sinn nach nicht ein. § 140 BGB hat die Aufgabe, dem Willen der Parteien, der durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gekommen ist, dessen Verwirklichung aber an der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gescheitert ist, zum Erfolg zu verhelfen. Behält sich der Erklärende vor, das Erklärte in Wirklichkeit nicht zu wollen, so fehlt es an einem fehlgeschlagenen Willen des Erklärenden, den es durch § 140 BGB zu verwirklichen gilt. Denn der Erklärende will ja gerade an das Erklärte rechtlich nicht gebunden sein. Auch ist der Erklärungsgegner nicht schutzwürdig, weil er, was in § 116 S. 2 BGB vorausgesetzt wird, den Vorbehalt des Erklärenden gekannt haben muß. Ein Bedürfnis für eine Umdeutung des nach § 116 S. 2 BGB nichtigen Geschäfts kann demnach weder aus der Sicht des Erklärenden noch des Erklärungsgegners bestehen. Bei der erkannten Mentalreservation findet § 140 BGB deshalb von vornherein keine Anwendung.⁴⁾

(2) Scheingeschäfte, § 117 BGB

Wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit Einverständnis des Erklärungsgegners nur zum Schein abgegeben, so ist sie gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Diese Regelung unterscheidet

1) vgl. Medicus, AT, Rdn. 591ff; Flume, AT II, S. 402ff.

2) Soergel-Hefermehl § 116 Rdn. 1.

3) Trotz des Streites über die rechtspolitische Verfehltheit dieser Vorschrift (so insbes. Larenz, Methode der Auslegung, S. 89; ders., AT, § 20 I a, S. 352f; ebenso Soergel-Hefermehl § 116 Rdn. 2; a.A.: Flume, AT II, S. 403) kann die Nichtigkeitsanordnung wegen des eindeutigen gesetzlichen Befehls nicht in Frage gestellt werden, vgl. insbes. Flume, AT II, S. 403.

4) ebenso Siller, AcP 138, 144, 158.

sich von derjenigen in § 116 S. 2 BGB dadurch, daß bei der erkannten Mentalreservation der Erklärende den Vorbehalt geheim halten wollte, der Erklärungsgegner diesen aber erkannt hat. Demgegenüber setzt das Scheingeschäft gem. § 117 Abs. 1 BGB das Einverständnis des Erklärenden und des Erklärungsgegners darüber voraus, daß nur der äußere Schein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen werden soll, dagegen eine Rechtswirkung durch das Geschäft nicht eintreten soll.¹⁾ Scheingeschäfte werden zumeist zur Täuschung des Rechtsverkehrs geschlossen.²⁾ Ein solches Scheingeschäft liegt beispielsweise vor, wenn der Schuldner eine Forderung an einen Dritten (in Schriftform) abtritt, um dem Gläubiger den Zugriff auf die Forderung zu nehmen, sich der Schuldner und der Dritte aber darüber einig sind, daß der Inhaber der Forderung nach wie vor der Schuldner bleiben soll.³⁾

Zwar ist eine solche Scheinabtretung nach dem Wortlaut des § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Eine Umdeutung ist gleichwohl von vornherein ausgeschlossen, da der Zweck des § 140 BGB auch beim Scheingeschäft nicht durchgreifen kann. Denn ähnlich wie bei § 116 S. 2 BGB fehlt es den Parteien des Scheingeschäfts an einem durch das nichtige Geschäft zum Ausdruck gelangten, aber aufgrund der Nichtigkeit fehlgeschlagenen Willen, der mit Hilfe des § 140 BGB verwirklicht werden könnte. Die Parteien haben die Rechtswirkungen ihrer nur zum Schein abgegebenen Erklärungen gerade nicht gewollt. Eine Anwendung des § 140 BGB auf Scheingeschäfte gem. § 117 S. 1 BGB wäre deshalb von vornherein sinnlos.⁴⁾

Etwas anderes gilt für ein Geschäft, das durch das Scheingeschäft verdeckt werden soll, vgl. § 117 Abs. 2 BGB. Geben die

- 1) zur Abgrenzung vgl. Flume, AT II, S. 404, 405; Soergel-Hefermehl § 117 Rdn. 3; Münch Komm-Kramer § 116 Rdn. 16.
- 2) vgl. BGHZ 36, 84ff, 88; BGH NJW 1983, 1844 (zur Steuerhinterziehung); vgl. ferner zur praktischen Bedeutung K. Michaelis, FS Wieacker, S. 444ff; Palandt-Heinrichs § 117 Anm. 2 c.
- 3) weitere Beispiele bei K. Michaelis, FS Wieacker, S. 444, 448.
- 4) ebenso Siller, AcP 138, 144, 158; ähnlich Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1; O. Fischer, FS Wach, S. 179, 195.

Parteien z.B. bei einem Grundstückskaufvertrag vor dem beurkundenden Notar den Kaufpreis von DM 200.000,-- lediglich mit DM 100.000,-- an, um auf diese Weise die Steuern und die Notarkosten für die Beurkundung möglichst gering zu halten, so sieht § 117 BGB folgende Regelung vor: Da die erklärte Einigung über den niedrigen Kaufpreis nur vorgeschoben und nicht wirklich gewollt ist, liegt ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB mit der Folge der Nichtigkeit vor. Da aber durch die Scheinabrede ein anderes, wirklich gewolltes Geschäft, nämlich der Kaufvertrag mit dem Kaufpreis von DM 200.000,-- verdeckt werden sollte, gelten gem. § 117 Abs. 2 BGB die für das verdeckte Geschäft geltenden Vorschriften. Diese Regelung geht der Umdeutung vor.¹⁾ Ist das verdeckte Geschäft nichtig, z.B. weil, wie im obigen Beispiel, der wirklich vereinbarte Kaufpreis nicht beurkundet worden ist (§§ 313, 125 BGB), so bestehen gegen eine Umdeutung des nichtigen verdeckten Geschäfts i.S.d. § 117 Abs. 2 BGB nicht die Bedenken, die gegen die Konversion von Scheingeschäften i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB sprechen. Denn das verdeckte Geschäft ist wirklich gewollt.²⁾ Eine Umdeutung kann deshalb sinnvoll sein.³⁾

(3) Scherzerklärungen, § 118 BGB

Nach § 118 BGB ist eine Willenserklärung, die nicht ernstlich gemeint ist und in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt, nichtig. Zumeist wird es sich bei den nicht ernstlich gemeinten Erklärungen um Scherze, Prahlereien, grobe Übertreibungen und Erklärungen im Spott handeln. In der Praxis spielt § 118 BGB allerdings kaum eine Rolle.⁴⁾

- 1) Erman-Brox § 140 Rdn. 9; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 10; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 11; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2 und § 117 Rdn. 23; Oertmann § 140 Anm. 1.
- 2) vgl. Palandt-Heinrichs § 117 Anm. 2 c; Münch Komm-Kramer § 117 Anm. 18.
- 3) Siller, AcP 138, 144, 158, 159; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 11; Serozan S. 43.
- 4) vgl. Flume, AT II, S. 414; zwischen seriösen und unverbindlich gemeinten Geschäften unterscheidet Zweigert, JZ 1964, 349ff, 353.

Der Unterschied zu dem geheimen Vorbehalt gem. § 116 BGB besteht darin, daß der Erklärende glaubt, seine Scherzerklärung werde als solche nicht verkannt, während bei § 116 BGB der Erklärende den Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, gerade verheimlichen will. Die Scherzerklärung nach § 118 BGB unterscheidet sich von dem Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB dadurch, daß bei dem letzteren Einigkeit über die fehlende Rechtsverbindlichkeit der zum Schein abgegebenen Erklärungen besteht, während bei § 118 BGB bloß die einseitige Erwartung des Erklärenden vorliegt, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt.¹⁾

Die Umdeutung z.B. eines zum Spott am Unfallort abgegebenen Anerkennnisses einer völlig überzogenen und jeder sachlichen Grundlage entbehrenden Schadensersatzforderung des Gegners, die nach § 118 BGB als Scherzerklärung nichtig wäre, scheint ebenso wie in den Fällen der §§ 116 S. 2 BGB und 117 Abs. 1 BGB von vornherein sinnlos zu sein. Denn auch bei der Scherzerklärung hat der Erklärende das Erklärte nicht als rechtsverbindlich gewollt. Ein Bedürfnis für eine Umdeutung und eine sinnvolle Handhabung des § 140 BGB scheidet deshalb von vornherein aus.²⁾

c) Unwirksame Rechtsgeschäfte

In der Rechtsprechung und Rechtslehre ist die Frage aufgeworfen worden, ob auch unwirksame Rechtsgeschäfte gem. § 140 BGB umgedeutet werden können. Das RG³⁾ hat in einer Entscheidung, die einen Fall betraf, in dem die Verpfändungsanzeige gem. § 1280 BGB unterblieben war, die Umdeutung (schwebend) unwirksamer Rechtsgeschäfte allgemein abgelehnt, da sich § 140 BGB nur auf nichtige Rechtsgeschäfte beziehe. "Nach dem Sprachge-

1) zur Abgrenzung vgl. Soergel-Hefermehl § 118 Rdn. 2f.

2) Erman-Brox § 140 Rdn. 9; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 10; Siller, AcP 138, 144, 158.

3) RGZ 79, 306ff.

brauch des Bürgerlichen Gesetzbuches", heißt es in der Entscheidung¹⁾, "gehören aber zu den nichtigen nicht auch die unwirksamen Geschäfte ... Daß der Gesetzgeber in § 140 unter den nichtigen auch jene Geschäfte hätte mitverstehen wollen, dafür liegt nicht der mindeste Anhalt vor". Danach ist zu fragen, ob § 140 BGB nur auf ausschließlich im Gesetz als nichtig bezeichnete Geschäfte Anwendung finden kann.

aa) Von vornherein endgültig unwirksame Geschäfte

Das Gesetz ordnet die Nichtigkeit an, wenn die mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigten rechtlichen Wirkungen "von vornherein überhaupt ... ausgeschlossen"²⁾ sind. In diesen Fällen steht im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts bereits dessen Ungültigkeit fest. Als "unwirksam" werden im Gesetz zumeist Rechtsgeschäfte bezeichnet, die zwar im Zeitpunkt ihrer Vornahme ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen sind, die aber z.B. durch die Genehmigung eines Dritten noch wirksam werden können.³⁾ Zwischen diesen beiden Gruppen besteht somit ein sachlicher Unterschied, der die Folgerung des RG rechtfertigen könnte, wonach § 140 BGB auf "unwirksame" Geschäfte nicht anzuwenden sei. Diese Unterscheidung zwischen nichtigen als von vornherein endgültig wirkungslosen Rechtsgeschäften und unwirksamen Geschäften, die noch wirksam werden können, hat das Gesetz aber keineswegs konsequent durchgehalten. So gibt es zahlreiche Fälle, in denen zwar die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts angeordnet wird, diese Unwirksamkeit aber nicht mehr beseitigt werden kann, da das Gesetz hierzu keine Möglichkeit vorsieht. Als Beispielsfälle können die §§ 111 S. 1, S. 2 und 174 S. 1 BGB genannt werden: Die einseitigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen oder des Vertreters ohne Vertretungsmacht können im nachhinein nicht mehr durch eine Genehmigung gerettet werden. Sie müssen, wenn sie wirksam

1) RGZ 79, 306, 308, 309.

2) Motive I 216.

3) Flume, AT II, S. 348; BGB-RGRK-Krüger-Nieland vor § 104 Rdn. 32.

sein sollen, neu vorgenommen werden. Weitere Beispielsfälle finden sich in § 388 S. 2 BGB (bedingte Aufrechnungserklärung), § 925 Abs. 2 BGB (bedingte Auflassung), § 344 BGB (Strafversprechen), § 1253 Abs. 1 S. 2 BGB (Vorbehalt des Pfandrechts bei Rückgabe der Sache an den Verpfänder), § 1950 S. 2 BGB (Annahme oder Ausschlagung eines Teils der Erbschaft), § 2202 Abs. 2 S. 2 BGB (bedingte Annahme oder Ablehnung des Amtes als Testamentsvollstrecker) und z.B. in §§ 9-11 AGBG. In all diesen Fällen steht die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts wie bei der Nichtigkeit bereits im Zeitpunkt seiner Vornahme endgültig fest. Die Unwirksamkeit steht der Nichtigkeit in diesen Fällen deshalb völlig gleich. Ein sachlicher Unterschied besteht nicht. Da das Gesetz demnach die Termini "nichtig" und "unwirksam" nicht konsequent im unterschiedlichen Sinne verwendet, kann es für die Frage, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vorliegt, entgegen der Ansicht des RG nicht darauf ankommen, ob das Gesetz das betreffende Geschäft als nichtig oder unwirksam bezeichnet. Vielmehr ist ein Rechtsgeschäft nichtig i.S.d. § 140 BGB, wenn es nicht mehr wirksam werden kann.¹⁾ Dem stehen die von vornherein endgültig unwirksamen Geschäfte gleich.²⁾

bb) Schwebend unwirksame Geschäfte

(1) Zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte

Von den nichtigen und den von vornherein endgültig unwirksamen Geschäften, die den nichtigen gleichstehen, sind die schwebend unwirksamen Geschäfte zu unterscheiden. Bei den letzteren steht die Wirkungslosigkeit des Geschäfts nicht schon im Zeitpunkt seiner Vornahme fest. Es kann nach dem Gesetz noch wirksam werden, wenn ein weiterer Tatbestand, zumeist die Zustimmung eines Dritten, hinzutritt. Z.B. bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Ehegatte verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen, zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des an-

1) Flume, AT II, S. 348, 349.

2) vgl. BGB-RGRK-Krüger-Nieland vor § 104 Anm. 32 mit Beispielen; Soergel-Hefermehl vor § 116 Rdn. 75 und 76.

deren Ehegatten, §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 1 BGB. Wird die Genehmigung erteilt, so wird der Vertrag von Anfang an wirksam. Die Genehmigung wirkt gem. § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts zurück. Verweigert der andere Ehegatte dagegen die Erteilung der Genehmigung, so bleibt das Geschäft endgültig unwirksam.¹⁾ Solange die erforderliche Genehmigung weder erteilt, noch deren Erteilung abgelehnt ist, ist ungewiß, ob das Geschäft noch wirksam wird oder ob es (endgültig) unwirksam bleibt. Der BGH hat auch für diesen Fall die Rechtsprechung des RG nicht übernommen und die Umdeutung (zunächst) schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte zugelassen, wenn sie endgültig unwirksam geworden sind. In einem Fall, in dem sich ein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen zur Verfügung über sein Vermögen verpflichtet hatte, hat der BGH²⁾ ausgeführt: "Die Vorschrift des § 140 BGB spricht zwar nur von nichtigen Rechtsgeschäften. Diesen gegenüber bilden aber die vom Bürgerlichen Gesetzbuch lediglich als unwirksam bezeichneten Rechtsgeschäfte nicht durchweg einen Gegensatz. Bei zahlreichen Rechtsgeschäften dieser Art ist nämlich die Wirkung in der gleichen Weise wie bei nichtigen Rechtsgeschäften ausgeschlossen, so daß kein Grund dafür besteht, die für nichtige Rechtsgeschäfte geltenden Regeln nicht auch auf sie anzuwenden". Diese Voraussetzungen seien auch in dem gegebenen Fall erfüllt, weil der von dem Ehemann "abgeschlossene, wegen der fehlenden Einwilligung seiner Ehefrau aber zunächst nur schwebend unwirksame Übergabevertrag mit der Verweigerung der Genehmigung durch die Ehefrau nach § 1366 Abs. 4 BGB endgültig unwirksam geworden ist".³⁾ Der BGH stellt also die nichtigen und die endgültig unwirksamen Rechtsgeschäfte gleich, ohne daß es darauf ankommt, ob die unwirksamen Rechtsgeschäfte von vornherein endgültig unwirksam sind oder z.B. durch Verweigerung der erforderlichen Genehmigung erst später endgültig unwirksam geworden sind.

1) Dies gilt auch dann, wenn der Ehegatte, der die Zustimmung verweigert hat, stirbt oder die Ehe nach Verweigerung der Zustimmung geschieden wird, vgl. Reinicke, NJW 1973, 305, 306f; ders., NJW 1972, 1786ff m.w.N.

2) BGHZ 40, 218ff, 222.

3) insoweit zustimmend Flume, AT II, S. 593 Fn. 72; ähnlich BGH WM 1975, 1132, 1133.

Diese Gleichsetzung ist durch Sinn und Zweck des § 140 BGB geboten: Bei § 140 BGB geht es darum, dem auf den wirtschaftlichen Erfolg gerichteten Willen der Parteien, der in der Vornahme des Geschäfts zum Ausdruck gekommen ist, jedoch an dessen Unwirksamkeit gescheitert ist, zum Ziel zu verhelfen. Aus der Sicht der Parteien kann es gleichgültig sein, ob das vorgenommene Rechtsgeschäft von Anfang an unwirksam war oder erst durch die Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam geworden ist. Jedenfalls bringt das Rechtsgeschäft, so wie es vorgenommen worden ist, nicht die beabsichtigten Rechtswirkungen hervor. Die Vornahme des schwebend unwirksamen Geschäfts kann sich als Fehlschlag erweisen, wenn die erforderliche Genehmigung nicht erteilt wird. Liegen die weiteren Voraussetzungen des § 140 BGB vor, haben die Vertragsparteien insbes. die Zustimmungsbefähigung des Geschäfts nicht gekannt, worauf im Rahmen des subjektiven Tatbestandes noch im einzelnen einzugehen sein wird¹⁾, so besteht nach Sinn und Zweck des § 140 BGB kein Grund, die Umdeutung des schwebend unwirksamen Geschäfts auszuschließen, wenn es endgültig unwirksam geworden ist. Dies entspricht der heute ganz herrschenden Meinung.²⁾

(2) Geschäfte, denen es an einer nachholbaren gesetzlichen Voraussetzung fehlt

Zu einer der schwebenden Unwirksamkeit ähnlichen Ungewißheit über die Gültigkeit eines Geschäfts kann es kommen, wenn die Parteien sich zwar geeinigt haben, das Gesetz jedoch darüber hinaus noch besondere Voraussetzungen an die Wirksamkeit des betreffenden Geschäfts stellt, die nicht eingehalten worden sind, die aber noch nachgeholt werden können. Insbes. bei

1) vgl. u. S. 219ff, 254ff.

2) vgl. z.B.: Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 10; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; Erman-Brox § 140 Rdn. 10; Enneccerus/Nipperdey, AT, § 202 I 2, S. 1223; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 89f; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a bb; wohl auch Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2; Lehmann/Hübner, AT, S. 172; ebenso bereits Siller, AcP 138, 144, 161ff, 164 gegen RGZ 79, 306.

den sachenrechtlichen Verfügungen reicht die bloße Willenseinigung nicht aus. Es bedarf darüber hinaus zu ihrer Wirksamkeit eines Verlautbarungstatbestandes (sog. Publizitätsprinzip).¹⁾ Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung ein Abtretungsvertrag genügt, bedarf zu ihrer Wirksamkeit neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes gem. §§ 1273, 1274 Abs. 1, 398 BGB der Anzeige der Verpfändung an den Schuldner durch den Gläubiger. Ähnlich liegt es bei der Verpfändung einer beweglichen Sache gem. §§ 1204ff BGB: Neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes ist gem. § 1205 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich die Übergabe der Sache an den Gläubiger erforderlich. Ist der verpfändende Eigentümer nur mittelbarer Besitzer, so kann die Übergabe zwar durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden. Jedoch bedarf es in diesem Falle - ähnlich wie bei § 1280 BGB - der Pfandanzeige an den Besitzer, § 1205 BGB.

Fehlt es bei der Vornahme des betreffenden Geschäfts an dem Verlautbarungstatbestand, also z.B. an der Übergabe oder der Verpfändungsanzeige, so ist das Geschäft unwirksam. Diese Unwirksamkeit muß aber nicht endgültig feststehen, weil die fehlende Voraussetzung - ähnlich wie bei den schwebend unwirksamen Geschäften die fehlende Zustimmung - noch nachgeholt und das Geschäft damit wirksam werden kann. Der Unterschied zu den Geschäften, denen es an der Zustimmung eines Dritten fehlt, liegt jedoch darin, daß diese im Falle der Genehmigung mit rückwirkender Kraft wirksam werden, vgl. § 184 Abs. 1 BGB. Dagegen werden die Rechtsgeschäfte, denen es an einer gesetzlichen Voraussetzung wie z.B. der Anzeige gem. § 1280 BGB fehlt, erst wirksam, wenn die fehlenden Voraussetzungen auch erfüllt sind.²⁾ Anders als die Genehmigung wirkt das Nachholen der gesetzlichen Voraussetzung nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts zurück.

Das RG hat in der bereits angesprochenen Entscheidung³⁾ die Umdeutung einer Forderungsverpfändung, der es an der Anzeige nach

1) Baur, Sachenrecht, S. 28ff und S. 38ff; Heck, Sachenrecht, S. 5, vgl. weiter insbes. S. 110ff.

2) vgl. Palandt-Bassenge § 1280 Anm. 1.

3) RGZ 79, 306ff.

§ 128o BGB fehlte, mit der Begründung abgelehnt, daß der Gesetzgeber nichtige und unwirksame Geschäfte für die Anwendbarkeit des § 14o BGB nicht habe gleichbehandelt wissen wollen. Mit dieser Begründung kann die Entscheidung heute als überholt angesehen werden.¹⁾ Aber auch die Besonderheit der Geschäfte, denen es an einer nachholbaren gesetzlichen Voraussetzung fehlt, gegenüber den schwebend unwirksamen Geschäften, nämlich die fehlende Rückwirkung, kann es nicht rechtfertigen, die Umdeutung von vornherein auszuschließen. Denn wenn feststeht, daß die fehlende Voraussetzung nicht nachgeholt werden wird, z.B. weil der Gläubiger sich weigert, die Verpfändung nach § 128o BGB anzuzeigen, dann steht die Unwirksamkeit des Geschäfts endgültig fest. Es besteht deshalb kein Grund, die Umdeutung dieser Geschäfte daran scheitern zu lassen, daß kein "nichtiges" Rechtsgeschäft i.S.d. § 14o BGB vorliege. Die Rechtsprechung ist auch insoweit der Entscheidung des RG nicht gefolgt und hat insbes. die Umdeutung von Verpfändungsverträgen, die wegen fehlender oder unzulässiger Anzeige endgültig unwirksam geworden waren, zugelassen.²⁾ Bisweilen werden diese Fälle sogar als klassische Fälle der Umdeutung bezeichnet.³⁾

(3) Verfügungen eines Nichtberechtigten

Läßt man die Umdeutung endgültig unwirksam gewordener Rechtsgeschäfte zu, so fragt sich, ob dies für alle unwirksamen Geschäfte gilt, oder ob bestimmte Gruppen von der Umdeutung auszunehmen sind. Dies hat das RG für Verfügungen vertreten, die von Nichtberechtigten vorgenommen worden sind.⁴⁾ Auch in der Rechtslehre wird zumeist unter Bezugnahme auf die zitierte

-
- 1) vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 89; zustimmend noch Planck-Strohal § 14o Anm. 3 a.
2) so bereits RGZ 51, 83, 87; zu § 12o5 II BGB vgl. KG JW 1919, 117.
3) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 9o.
4) RGZ 124, 28, 31 unter Hinweis auf RG, Urt. v. 21.3.19o8 - V 375/o7 = WarnR 19o8, Nr. 441 (insoweit jedoch nicht abgedruckt).

Reichsgerichtsentscheidung vertreten, daß Verfügungen von Nichtberechtigten nicht umdeutungsfähig seien.¹⁾

In dem Reichsgerichtsfall lag jedoch ein Doppelmangel vor. Und zwar war die Verpfändung einer Grundschuld nicht nur gescheitert, weil sie ein nicht zur Verfügung Berechtigter vorgenommen hatte, sondern auch daran, daß die gem. §§ 1274, 1192, 1154 BGB vorgeschriebene Schriftform nicht eingehalten war.²⁾ Das RG hat sich deshalb nur mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine gem. § 125 BGB formnichtige Verpfändung durch einen Nichtberechtigten umgedeutet werden könne und keine Bedenken dagegen erhoben, sofern der Berechtigte der Verpfändung zugestimmt hat.³⁾ Die Tatsache, daß ein Nichtberechtigter verfügt hatte, kam als Unwirksamkeitsgrund in der betreffenden Entscheidung nicht zum Tragen, sondern lediglich die Formnichtigkeit der Verpfändung.

Es bleibt aber zu klären, ob eine Verfügung umgedeutet werden kann, die (allein) deshalb unwirksam ist, weil sie ein Nichtberechtigter vorgenommen hat und der Berechtigte sie gem. § 185 BGB nicht genehmigt. Diese Frage kann z.B. wichtig werden, wenn der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt gem. § 455 BGB gelieferten Sache diese (gem. § 930 BGB) einem Dritten zu Eigentum überträgt, bevor er den Kaufpreis bezahlt hat. Eigentümer ist dann noch der Vorbehaltsverkäufer. Die beabsichtigte Übereignung an den Dritten ist mangels dinglicher Berechtigung fehlgeschlagen, wenn der Dritte die Sache nicht gem. §§ 932, 933 BGB gutgläubig erworben hat, oder der Vorbehaltsverkäufer den Vertrag nicht gem. § 185 BGB genehmigt. Die auf diese Weise eintretende endgültige Unwirksamkeit steht den sonstigen Fällen der endgültigen Unwirksamkeit völlig gleich. Es besteht deshalb kein Grund, Verfügungen eines Nichtberechtigten von vornherein von der Anwendbarkeit des § 140 BGB auszunehmen.⁴⁾

1) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 10; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7; Bedenken äußert auch Serick, Eigentumsvorbehalt I, § 11 III, S. 257.

2) vgl. RGZ 124, 28, 31.

3) RGZ 124, 28, 31.

4) ebenso Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a bb; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3; Planck-Strohal § 140 Anm. 1.

So ist z.B. denkbar, die unwirksame Eigentumsübertragung durch den Vorbehaltskäufer als die Übertragung der ihm zustehenden Anwartschaft auf den Erwerb des Eigentums im Wege der Konversion aufrechtzuerhalten.¹⁾

(4) Die Umdeutung während des Schwebezustandes

Fraglich bleibt, ob ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft schon während der Schwebezeit umgedeutet werden kann oder ob abgewartet werden muß, bis feststeht, daß es nicht wirksam wird. Muß also, um § 140 BGB überhaupt prüfen zu können, abgewartet werden, bis z.B. der Dritte, dessen Zustimmung zu dem Geschäft etwa im Falle der §§ 1365, 1366 BGB oder § 108 BGB oder § 185 BGB fehlt, die Genehmigung des ohne seine Zustimmung geschlossenen Vertrages verweigert hat? Die gleiche Frage stellt sich, wenn bei einem Rechtsgeschäft die fehlende gesetzliche Voraussetzung noch nachgeholt werden kann. Muß abgewartet werden, bis z.B. der Gläubiger über die Anzeige nach § 1280 BGB endgültig verweigert hat? Oder kann der Pfandgläubiger sogar darauf verwiesen werden, den verpfändenden Forderungsgläubiger auf Nachholung der erforderlichen Anzeige gem. § 1280 BGB gerichtlich in Anspruch zu nehmen?

Medicus²⁾ ist der Ansicht, § 140 BGB passe nicht, solange die Unwirksamkeit eines Geschäfts noch behoben werden könne. Er empfiehlt deshalb abzuwarten, ob das Geschäft nicht unverändert wirksam werde. Nach Feststehen der Nichtigkeit sei da-

1) vgl. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 233 mit Hinweis auf BGHZ 35, 85, 91; BGHZ 50, 45, 48f; im Ergebnis ebenso: BGHZ 20, 88, 101 m. Anm. v. Ascher bei LM Nr. 7 zu § 455 BGB und A. Blomeyer in JZ 1956, 413, 416; BGH WM 1969, 52 = LM Nr. 11 a zu § 929 BGB; BGH NJW 1959, 1536, 1138; zustimmend Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 13; Baur, Sachenrecht, § 52 II 3, S. 466; Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 1223; ebenso H. Westermann, Sachenrecht, S. 217 und 233; Lehmann/Hübner, AT, S. 172; OLG Hamm JW 1931, 550, das Ergebnis wird aber teilweise auch auf Auslegung ohne Heranziehung des § 140 BGB gestützt, vgl. z.B. Serick, Eigentumsvorbehalt I, § 11 III, S. 257; G. Reinicke, MDR 1961, 681, 682.

2) Medicus, AT, Rdn. 518.

gegen die Umdeutung möglich.. Ebenso lehnt z.B. Hefermehl¹⁾ eine Umdeutung "noch schwebend unwirksamer Geschäfte" ab. Nach Flume²⁾ ist Nichtigkeit i.S.d. §§ 139-141 BGB gegeben, wenn das Rechtsgeschäft nicht mehr wirksam werden kann. Dies deutet darauf hin, daß auch er eine Umdeutung während des Schwebezustandes ablehnt. Dies entspricht der ganz überwiegend vertretenen Ansicht.³⁾ Demgegenüber hält H. Westermann⁴⁾ die Umdeutung auch schon in der Schwebezeit für zulässig, weil die Ungewißheit, ob das Geschäft in der beabsichtigten oder umgedeuteten Form wirksam sei, nicht schwerwiegender sei als die Ungewißheit über die Gültigkeit schlechthin.

Die Frage der Umdeutung (noch) schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte wird sich in der Praxis nur selten stellen. Hatten die Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäfts Kenntnis von dessen Zustimmungsbedürftigkeit, wußten sie also, daß z.B. der andere Ehegatte den Vertrag noch genehmigen mußte, so scheidet eine Umdeutung schon wegen dieser Kenntnis aus.⁵⁾ Die Umdeutung kommt also nur in Frage, wenn die bei Abschluß des Vertrages gutgläubigen Parteien später von der Zustimmungsbedürftigkeit und damit von der schwebenden Unwirksamkeit erfahren. In dieser Situation wird die Partei, die an der Wirksamkeit des Geschäfts interessiert ist, versuchen, z.B. die noch fehlende Genehmigung des Dritten alsbald einzuholen. Äußert sich der Dritte, so steht die Wirksamkeit oder die endgültige Unwirksamkeit des Geschäfts fest. Im letzteren Falle steht einer Umdeutung nichts im Wege. Diese Klärung wird sich

1) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3 a.E.

2) Flume, AT II, S. 549.

3) vgl. z.B.: Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a bb; Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 1223; Oertmann § 140 Anm. 3; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 10; Lehmann/Hübner, AT, S. 172; Planck-Strohal § 140 Anm. 3 a; Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer § 140 Anm. 2 a; Larenz, AT, § 23 III, S. 457; E. Wolf, AT, S. 469; a.A.: Erman-Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 3; vgl. v. Brasch S. 96ff.

4) H. Westermann in Erman-H. Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 4; anders Erman-Brox § 140 Rdn. 10.

5) dazu s. insbes. u. S. 256ff.

in aller Regel bis zum Beginn der gerichtlichen Auseinandersetzung ergeben haben. Dies war insbes. in der insoweit grundsätzlichen Entscheidung des BGH (BGHZ 40, 218ff) der Fall.¹⁾ Zu der Frage, ob eine Umdeutung auch während des Schwebezustandes möglich ist, hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bislang noch nicht abschließend Stellung nehmen müssen.

Denkbar sind Fälle, in denen die Zustimmung des Dritten während des Prozesses noch nicht eingeholt worden ist, weil die Parteien erst im Laufe des Verfahrens z.B. durch richterlichen Hinweis gem. § 139 ZPO etwa von der Zustimmungsbedürftigkeit oder der Anzeigepflicht der Verpfändung nach § 128o BGB erfahren haben. Die Partei, für die die Wirksamkeit des Geschäfts von Vorteil ist, wird auch in dieser Situation schon aus eigenem Interesse um die Einholung der erforderlichen Genehmigung bemüht sein. Unterläßt sie dies aber, oder gelingt es ihr nicht, eine Entscheidung des Dritten rechtzeitig vor der Entscheidungsreife des Rechtsstreits herbeizuführen, so kann eine Umdeutung allein aus diesem Grunde - d.h. wegen des noch bestehenden Schwebezustandes - gleichwohl nicht ausgeschlossen sein: Denn es stehen weder die Interessen der Prozeßparteien noch Sinn und Zweck des § 14o BGB einer Umdeutung des schwebend unwirksamen Geschäfts entgegen:

Die Umdeutung, wie noch auszuführen sein wird, darf nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen. In aller Regel ist das umgedeutete Rechtsgeschäft sogar ein Weniger gegenüber dem beabsichtigten, aber unwirksamen Rechtsgeschäft.²⁾ Derjenige, dessen Interessen die Umdeutung widerstreben würde, hätte also noch weniger Interesse an der Wirksamkeit des Vertrages. Ihn würde demgemäß eine Umdeutung schon während des Schwebezustandes nicht härter treffen als eine Umdeutung des endgültig unwirksamen Geschäfts, und erst recht nicht härter, als wenn die erforderliche Genehmigung des Dritten erteilt und damit der Vertrag sogar voll wirksam würde. Die andere Partei, die ein Interesse an der Umdeutung hat, muß die Konsequenzen tragen, wenn es ihr nicht gelingt, die erforderliche Zustimmung

1) zu BGHZ 40, 218ff, vgl. o. S. 41.

2) dazu ausführlich u. S. 110ff, 177ff.

einzuholen. Aus ihrer Sicht ist es gleichgültig, ob es ihr nicht oder nicht rechtzeitig gelingt, überhaupt eine Äußerung des Dritten einzuholen, oder ob die Genehmigung ausdrücklich versagt wird: In beiden Fällen erlangt der Vertrag keine oder eben noch keine Wirksamkeit. Es besteht deshalb kein Grund, der eine Umdeutung verbieten würde.

Auch wenn es dagegen die betreffende Partei bewußt unterläßt, die Stellungnahme des Dritten einzuholen, z.B. weil sie jeden Kontakt mit ihm aus persönlichen Gründen scheut, so muß eine Umdeutung gleichwohl möglich sein. Anderenfalls würde die an der Wirksamkeit des Vertrages interessierte Partei gezwungen, mit der dritten Person in Kontakt zu treten, ohne daß hierfür ein Bedürfnis ersichtlich wäre. Jedenfalls erscheint dies als wenig sinnvoll, wenn sich die Partei, die an der Wirksamkeit des Geschäfts interessiert ist, mit dem umgedeuteten Geschäft zufrieden geben will.

Eine Umdeutung während des Schwebezustandes scheidet auch nicht aus Sinn und Zweck des § 140 BGB aus. Diese Vorschrift hat den Sinn, dem fehlgeschlagenen Willen der Parteien zum Erfolg zu verhelfen. Man könnte argumentieren, die Hilfe sei unnötig, wenn die Unwirksamkeit noch nicht endgültig feststeht und die Parteien sich möglicherweise durch Einholung der Genehmigung noch selbst helfen können.¹⁾ Bei den sachenrechtlichen Verfügungen, denen es noch an einer gesetzlichen Voraussetzung fehlt, stellt sich dieses Problem in noch schärferer Form: Aufgrund des schuldrechtlichen Grundgeschäfts hat die eine Partei regelmäßig einen Anspruch auf Verschaffung des dinglichen Rechts und damit auf Nachholung des noch fehlenden Erfordernisses. So hat insbes. der Pfandgläubiger aufgrund des Verpfändungsvertrages gegen den Verpfänder, der Gläubiger der verpfändeten Forderung ist, einen Anspruch auf Nachholung der Verpfändungsanzeige gem. § 1280 BGB.²⁾ Weigert dieser sich, so kann der Pfandgläubiger ihn zur Vornahme der Anzeige gerichtlich in An-

1) so offenbar Planck-Strohal § 140 Anm. 3 a, a.E.

2) RGZ 85, 431, 437; RG HRR 1930, Nr. 216; Palandt-Bassenge § 1280 Anm. 1 b; Soergel-Augustin § 1280 Rdn. 3; Münch Komm-Damrau § 1280 Rdn. 9.

spruch nehmen. Die Hilfe, die § 140 BGB gewährt, nämlich dem fehlgeschlagenen Willen der Parteien zum Erfolg zu verhelfen, scheint hier gänzlich fehl am Platze zu sein.

Eine solche Auffassung verkennt aber, daß die Parteien im Augenblick des Geschäftsabschlusses glaubten, bereits ein wirksames Rechtsgeschäft vorgenommen zu haben. Diesen durch die Vornahme des unwirksamen Geschäfts zum Ausdruck gekommenen Willen gilt es durch die Umdeutung gem. § 140 BGB zu verwirklichen. Die Vorschrift setzt dagegen nicht voraus, daß sich die Parteien, nachdem sie die Unwirksamkeit ihres Geschäfts erkannt haben, um die Heilung des fehlgeschlagenen Geschäfts bemühen.

Die Umdeutung schwebend unwirksamer Geschäfte ist danach entgegen der herrschenden Meinung¹⁾ auch dann möglich und sinnvoll, wenn (im Augenblick der Gerichtsentscheidung) der Schwebzustand noch besteht. Der Richter ist also nicht gehindert, § 140 BGB auf schwebend unwirksame Geschäfte anzuwenden.

d) Nichtige, aber heilbare Rechtsgeschäfte

In einigen Fällen ordnet das Gesetz an, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft wirksam wird, ohne daß es einer Neuvernahme oder einer Bestätigung gem. § 141 BGB bedarf. Der wichtigste Beispielsfall eines nichtigen, aber heilbaren Rechtsgeschäfts findet sich in § 313 S. 2 BGB: Die formnichtige Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks wird danach wirksam, wenn die Auflassung und die Eintragung erfolgen.²⁾ Weitere Beispielsfälle finden sich in §§ 518 Abs. 2 und 766 S. 2 BGB: Formwidrige Schenkungs- und Bürgschaftsversprechen werden geheilt, wenn die versprochenen Leistungen bewirkt werden. Weiterhin wird nach § 15 Abs. 4 GmbHG die formlose Verpflichtung zur Übertragung eines GmbH-Anteils durch dessen Abtretung geheilt.³⁾

1) vgl. Nachweise S. 47, Fn. 3.

2) § 313 S. 2 BGB gilt gem. § 11 ErbbauRVO im Erbbaurecht entsprechend.

3) Weitere Heilungsfälle finden sich z.B. in §§ 17, 18 EheG (Heilung einer formnichtigen Eheschließung durch Fortsetzung der Ehe).

Bis zur Heilung des Rechtsgeschäfts liegt nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes ein gem. § 125 BGB nichtiges Rechtsgeschäft vor¹⁾, so daß § 140 BGB grundsätzlich Anwendung finden kann.

aa) Die Umdeutung geheilter Geschäfte

Im Falle der Heilung wird das formwidrige Rechtsgeschäft wirksam. Die Nichtigkeit entfällt. Eine Umdeutung scheidet dann mangels nichtigem Rechtsgeschäft aus. Fraglich bleibt, was für die Zeit von der Vornahme des Rechtsgeschäfts bis zu dessen Heilung gilt.

Umstritten ist, ob die Heilung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. Folgt man der Ansicht, die die Rückwirkung befürwortet²⁾, so entfällt eine Umdeutung von vornherein, weil im Falle der Heilung zu keinem Zeitpunkt ein nichtiges Rechtsgeschäft vorgelegen hat. Folgt man dagegen der herrschenden Meinung, die die Rückwirkung ablehnt³⁾, so haben die Parteien mit ihrem zunächst formwidrigen Rechtsgeschäft nicht in vollem Umfange alles erreicht, was sie damit erreichen

-
- 1) ganz h.M. auch für § 15 Abs. 4 GmbHG, vgl. RGZ 77, 128, 130; Baumbach/Hueck § 15 Anm. 1 E; Scholz-Winter § 15 Rdn. 32; Roth, GmbHG, § 15 Anm. 5.1; Bartl/Henkes Rdn. 255; Fischer, GmbHG, § 15 Anm. 4 b; Hachenburg-Schilling/Zutt § 15 Rdn. 60; a.A. nunmehr Wiesner, NJW 1984, 95, 97, 98, der die Ansicht vertritt, der Formverstoß bei der Abtretung eines GmbH-Anteils führe entgegen § 125 S. 1 BGB nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft; vgl. dazu Wiesner, Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, S. 126ff.
 - 2) Larenz, Schuldrecht I, § 5, S. 70; Reichel, AcP 104, 1, 18; Oertmann, Seuff Bl. 75, 541, 547; wohl auch Lorenz, AcP 156, 381, 413, der annimmt, daß die betreffenden Formvorschriften nicht eingreifen, wenn ein rechtspolitischer Zweck nicht mehr erreichbar sei.
 - 3) BGH NJW 1983, 1545; NJW 1982, 759, 761; BGHZ 54, 56, 63 m.w.N.; BGHZ 32, 11ff; RGZ 115, 6, 10; RGZ 75, 114, 116; RGZ 134, 83, 86, 87; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 17; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 28; Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 1430, 1433; Palandt-Heinrichs § 313 Anm. 14 b; Erman-Battes § 313 Rdn. 77; BGB-RGRK-Ballhaus § 313 Rdn. 123; H. Lange, AcP 144, 149, 154ff.

wollten. Haben die Beteiligten z.B. in einem gem. §§ 313, 125 BGB formnichtigen Kaufvertrag vereinbart, daß der Kaufpreis ab sofort zu verzinsen sei, so stellt sich die Frage, ab wann der Verkäufer die Zinsen verlangen kann, wenn der Käufer erst ein Jahr später ins Grundbuch eingetragen wird. Nach der Mindermeinung, die die Rückwirkung befürwortet, steht der Zinsanspruch dem Verkäufer ohnehin ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu. Aber auch die Gegner der Rückwirkung geben dem Verkäufer den Zinsanspruch in vollem Umfang: Gem. § 141 Abs. 2 BGB analog seien die Parteien im Zweifel schuldrechtlich verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an wirksam wäre.¹⁾ Für eine Umdeutung des zunächst nichtigen, aber heilbaren und geheilten Rechtsgeschäfts besteht somit kein Bedürfnis mehr.

bb) Die Umdeutung noch heilbarer Geschäfte

Ähnlich wie bei den schwebend unwirksamen Rechtsgeschäften stellt sich auch bei den nichtigen, aber heilbaren Rechtsgeschäften die Frage, ob eine Umdeutung möglich ist, wenn das Rechtsgeschäft noch geheilt werden kann.

Medicus²⁾ empfiehlt wie in den Fällen schwebender Unwirksamkeit abzuwarten, ob das nichtige Rechtsgeschäft nicht unverändert wirksam wird. Nach Mayer-Maly³⁾ kann ein heilbares Rechtsgeschäft ebenso wie ein gültiges Rechtsgeschäft nicht umgedeutet werden. Diese Formulierungen sind aber zumindest sehr ungenau und irreführend. Die Heilungstatbestände, also z.B. bei § 313 S. 2 BGB die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch

1) vgl. z.B. BGH NJW 1982, 759, 761; RGZ 115, 6, 12; BGHZ 32, 11, 13; BGHZ 54, 56, 63; BGB-RGRK-Ballhaus § 313 Rdn. 123; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 17; Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 1430, 1433, 1434; Erman-Battes § 313 Rdn. 77; Staudinger-Wufka § 313 Rdn. 230; anders dagegen z.B. für die Verzugsfolgen vgl. BGH DB 1979, 938 und Strafversprechen, vgl. Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 1430, 1433ff gegen BGH NJW 1982, 759 = WM 1982, 203; H. Lange, AcP 144, 149, 154ff, 156f.

2) Medicus, AT, Rdn. 518.

3) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 10.

oder das Bewirken der versprochenen Leistungen in den Fällen der §§ 518 Abs. 2, 766 S. 2 BGB und § 15 Abs. 4 GmbHG sind nicht an eine Frist gebunden, innerhalb derer die Heilung erfolgt sein müßte. Es ist für die Heilung ohne Belang, ob z.B. die Erfüllung des Schenkungsversprechens unmittelbar im Anschluß an das Schenkungsversprechen oder erst später erfolgt. Die Frage der Umdeutung noch heilbarer Rechtsgeschäfte kann deshalb sinnvollerweise nur so gestellt werden, ob die Umdeutung heilbar nichtiger Rechtsgeschäfte möglich ist, wenn noch nicht feststeht, ob die durch die Umdeutung belastete Partei, also der Schenker, der Bürge oder die andere Partei des Grundstückskaufvertrages, die heilende Handlung (mit-)vornehmen wird. Lehnt der Belastete die Erfüllung ab, so ist die Heilung zwar nicht endgültig ausgeschlossen. Es ist jedoch sehr unwahrscheinlich, daß er sich später noch einmal anders entschließen wird.

An dieser Stelle zeigt sich die theoretische Natur des Problems, wenn die Interessenlage der Beteiligten in die Betrachtung mit- einbezogen wird. Zum Streit wird es nur kommen, wenn die belastete Partei die Erfüllung des nichtigen, aber heilbaren Geschäfts ablehnt und die andere Partei entweder entgegen der wahren Rechtslage von der Geltung des abgeschlossenen Geschäfts ausgeht oder aber sich mit der Nichtigkeit nicht abfinden möchte. Aber auch wenn die belastete Partei sich im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht endgültig entschieden haben sollte, ob sie das heilbare Geschäft nicht doch erfüllen oder vollziehen möchte, steht dies einer Umdeutung nicht entgegen. Denn dies hätte zur Folge, daß der Gläubiger aufgrund der Unentschlossenheit des Schuldners schlechter stehen würde, als wenn dieser die Erfüllung oder Vollziehung des heilbaren Geschäfts bereits abgelehnt hätte. Dies ist im Ergebnis untragbar. Außerdem steht der Ausschließung der Umdeutung der klare Wortlaut des § 125 S. 2 BGB i.V.m. §§ 313, 518 und 766 BGB entgegen. Danach ist das Geschäft nichtig, solange es nicht geheilt wird. Der belasteten Partei geschieht auch kein Unrecht, wenn das heilbare Geschäft gem. § 140 BGB als ein anderes aufrecht erhalten wird, ohne ihre Entscheidung abzuwarten. Denn durch

die Umdeutung wird sie nicht schlechter gestellt, als wenn sie selbst erfüllt hätte.¹⁾

Die Tatsache, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft noch heilbar ist und die belastete Partei die Vornahme der heilenden Handlung noch nicht endgültig abgelehnt hat, steht somit einer Umdeutung nicht entgegen.

e) Rechtsgeschäfte, die die Rechtsordnung als Rechtsgeschäftstyp nicht kennt

Die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts können ausbleiben, weil die Rechtsordnung die Rechtsfolgen, die die Parteien herbeiführen wollten, nicht kennt oder diese ausdrücklich als mögliche rechtsgeschäftliche Gestaltungsform ablehnt. Diese Situation kann sich insbes. aus dem sachenrechtlichen Typenzwang ergeben. Wollen die Parteien z.B. einen Nießbrauch übertragen, wollen sie also, daß der Nießbraucher sein Recht verliert und der andere Teil das Recht als eigenes erwirbt, so steht § 1059 S. 1 BGB dem Eintritt der beabsichtigten Rechtsfolgen entgegen. Nach dieser Vorschrift kann ein Nießbrauch nicht übertragen werden. Eine ähnliche Regelung enthält § 1092 Abs. 1 S. 1 BGB für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit. In Rechtsprechung und Rechtslehre wird ferner die Ansicht vertreten²⁾, aus rechtsdogmatischen Gründen könne die Wandelungsbefugnis als sog. unselbstständiges Nebenrecht³⁾ nicht isoliert an einen Dritten abgetreten werden, weil die Entscheidung über den Fortbestand des Vertrages nur dem Vertragspartner zustehe. In all diesen Fällen können die Verträge, die auf die Übertragung der betreffenden Rechte gerichtet sind, die mit ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen nicht erzeugen. Sie sind nichtig, so daß § 140 BGB Anwen-

1) dazu vgl. im einzelnen u. S. 110ff, 177ff.

2) BGHZ 68, 118, 125; OLG Koblenz NJW 1962, 741; vgl. ferner Seetzen, AcP 169, 352, 370; Gross NJW 1971, 648; Palandt-Putzo § 462 Anm. 1 e und BGH JW 1973, 1793 für das Rücktrittsrecht.

3) vgl. Palandt-Heinrichs § 399 Anm. 4 und Palandt-Putzo § 462 Anm. 1 e.

dung finden kann. Dementsprechend ist in all den vorgenannten Fällen das unzulässige Übertragungsgeschäft in die schuldrechtliche Berechtigung des Erwerbers, das betreffende Recht auszuüben, umgedeutet worden.¹⁾ Ebenso ist die Umdeutung eines gem. §§ 1098 Abs. 1, 505 Abs. 2 BGB unzulässigen dinglichen Vorkaufsrechts mit einem Festpreis²⁾ in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht³⁾ und eines dinglichen Wiederkaufsrechts in ein schuldrechtliches Wiederkaufsrecht⁴⁾ möglich. Auch hat der BGH⁵⁾ eine gegen § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbauRVO verstoßende dingliche Abrede über eine künftige Neufestsetzung des Erbbauzinses in eine durch Vormerkung zu sichernde schuldrechtliche Vereinbarung umgedeutet, durch die die Verpflichtung zur Neufestsetzung des Erbbauzinses begründet wurde. Nichtig i.S.d. § 140 BGB sind somit auch Geschäfte, die die Rechtsordnung als rechtsgeschäftliche Gestaltungsform nicht kennt oder sie als solche ausdrücklich ablehnt.

f) Einseitige Gestaltungsgeschäfte, die nicht zum Ziel führen

Auch wenn der äußere Rechtsgeschäftsakt weder inhaltlich noch formell zu beanstanden ist, kann dem Rechtsgeschäft dennoch der Erfolg versagt bleiben, weil es an einer sonstigen Voraussetzung fehlt. So wird durch eine außerordentliche Kündigung das Vertragsverhältnis nur beendet, wenn ein außerordentlicher Kündigungsgrund vorliegt. Das gleiche gilt für eine Rücktritts-
erklärung. Die Rücktrittswirkungen gem. §§ 346ff BGB treten nur

- 1) für § 1059 BGB vgl. RG JW 1910, 801 = WarnR 1910 Nr. 317, entsprechend für § 1092 BGB: RGZ 159, 193, 205; für das Wandlungsrecht vgl. BGHZ 68, 118, 125; ebenso Gross, NJW 1971, 648.
- 2) vgl. BGHZ 25, 16, 18ff (am Rande).
- 3) RGZ 104, 122, 124; zustimmend z.B. Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 12; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 25; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 3 c; kritisch dagegen Weimar WM 1966, 1098f.
- 4) BGH WM 1965, 205 = LM Nr. 6 zu § 497; dazu Mayer-Maly, FS Wieacker, S. 424, 425.
- 5) BGH Rpfleger 1957, 12, 14f (in BGHZ 22, 220 insoweit nicht abgedruckt).

ein, wenn der Erklärende zum Rücktritt aufgrund Vertrages oder Gesetzes (z.B. § 326 BGB) berechtigt ist. Eine Anfechtungserklärung vernichtet die angefochtene Willenserklärung gem. § 142 BGB nur unter der Voraussetzung, daß ein Anfechtungsgrund gem. §§ 119, 120, 123, 2078 BGB vorliegt.

Soweit in Judikatur und Literatur zur Umdeutung in diesen Fällen Stellung genommen wird, gehen die Ansichten zumeist davon aus, daß die vorgenommenen Rechtsgeschäfte, denen es an dem gesetzlichen Grund fehlt, also die Kündigung ohne Kündigungsgrund, die Anfechtung ohne Anfechtungsgrund etc., nichtig sind¹⁾, so daß § 140 BGB Anwendung finden kann. Sofern eine Umdeutung abgelehnt wird, wird dies mit anderen, noch zu besprechenden Erwägungen begründet.²⁾ In einer neueren Entscheidung hat allerdings der VIII. Senat des BGH³⁾ die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung eines Mietverhältnisses über gewerbliche Räume, der es an einem Kündigungsgrund fehlte, u.a. an der Erwägung scheitern lassen, die ausgesprochene Kündigung sei "nicht nichtig, sondern (habe) mangels hinreichender Kündigungsgründe ihre einseitig rechtsgestaltende Wirkung der Vertragsbeendigung nicht entfaltet".⁴⁾ Diese Argumentation überzeugt nicht. Richtig ist zwar, daß es keine Norm gibt, die ausdrücklich die Nichtigkeit der Kündigung ohne Kündigungsgrund anordnet. Nichtig i.S.d. § 140 BGB sind aber nicht nur die ausdrücklich als nichtig bezeichneten Rechtsgeschäfte, sondern alle Rechtsgeschäfte, die endgültig die mit ihnen bezweckten Rechtsfolgen nicht hervorbringen. Diese Auslegung des § 140 BGB über seinen Wortlaut hinaus ist aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift, den fehlgeschlagenen Willen der Parteien zu verwirklichen, geboten: Da es dem Kündigenden gerade auf die "einseitig rechtsgestaltende Wir-

1) vgl. z.B. Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a bb; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 30ff (zur Kündigung); Erman-Brox § 140 Rdn. 21; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 26ff; Staudinger Dilcher § 140 Rdn. 16; Trieschmann, BB 1955, 837ff; Bach, VersR 1977, 881, 882.

2) dazu: vgl. zur Anfechtung u. S. 65ff und im übrigen u. S. 357ff.

3) BGH, Urt. v. 24.9.1980 - VIII ZR 299/79, abgedruckt in NJW 1981, 43ff.

4) BGH NJW 1981, 43, 44.

kung der Vertragsbeendigung" als Rechtsfolge seiner Kündigungsverklärung ankommt, steht die Kündigung einem nichtigen Rechtsgeschäft völlig gleich, wenn sie mangels Kündigungsgrundes nicht zur Vertragsbeendigung führt. Dementsprechend hat der VIII. Senat des BGH in einem bald auf die o.a. Entscheidung folgenden, eine ähnliche Problematik betreffenden Urteil¹⁾ diese Begründung nicht mehr aufgegriffen. Einseitige Gestaltungsgeschäfte (z.B. Kündigung, Anfechtung, Rücktritt), die nicht zum Ziel führen, weil der gesetzliche Grund nicht vorliegt, sind somit nichtige Rechtsgeschäfte i.S.d. § 140 BGB.

g) Geschäfte, die ins Leere gehen

Es ist möglich, daß ein Rechtsgeschäft einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand, der außerhalb des Rechtsgeschäfts liegt, voraussetzt, damit die mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen eintreten können. Wird z.B. eine Eigentümergrundschuld übertragen, die nicht besteht²⁾, oder eine Hypothek³⁾, die dem Zedenten nicht zusteht, so ist die Abtretung gegenstandslos. Vereinbaren die Beteiligten ein Pfandrecht zur Sicherung einer Darlehensforderung, die z.B. wegen Sittenverstoßes gem. § 138 BGB nichtig ist, so mangelt es an der zu sichernden Forderung. Das Pfandrecht, das streng akzessorisch ausgebildet ist, gelangt nicht zur Entstehung.⁴⁾ Enthält ein Vertrag einen Hinweis auf einen gesondert abgeschlossenen Schiedsvertrag, und ist dieser Schiedsvertrag nicht oder nicht wirksam abgeschlossen worden, so fehlt der Klausel, die lediglich auf den Schiedsvertrag hinweist, ohne selbst eine Schiedsklausel zu enthalten, der Gegenstand.⁵⁾ Eine direkte Nachfolge des Erben eines Gesellschafters

1) BGH, Urt. v. 12.1.1981 - VIII ZR 332/79, abgedruckt in NJW 1981, 976ff, 977 m.w.N.

2) vgl. RG LZ 1931, Sp. 839.

3) vgl. RG Recht 1909, Nr. 3032

4) vgl. BGH NJW 1968, 1134.

5) vgl. BGH LM Nr. 31 zu § 1025 ZPO.

einer OHG in die Gesellschaft aufgrund testamentarischer Verfügung ist nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel enthält, die sich mit der testamentarischen Verfügung deckt. Fehlt es an einer Nachfolgeklausel oder widerspricht die Verfügung deren Inhalt, so tritt der berufene Erbe nicht unmittelbar in die Gesellschafterstellung des Erblassers ein.¹⁾ In all diesen Fällen ist das betreffende Rechtsgeschäft für sich allein betrachtet weder inhaltlich noch äußerlich in irgendeiner Form zu beanstanden. Die gewünschten Wirkungen treten aber dennoch nicht ein, da es an einem weiteren, außerhalb des Rechtsgeschäfts liegenden Tatbestand fehlt. Es stellt sich die Frage, ob derartige Geschäfte, die lediglich inhaltlich ins Leere gehen, als nichtige Rechtsgeschäfte i.S.d. § 140 BGB angesehen werden können.

Die Rechtsprechung, die in den oben angegebenen Fällen § 140 BGB geprüft hat, ist mit Recht von der Nichtigkeit der betreffenden Geschäfte ausgegangen.²⁾ Für die Frage, ob das von den Parteien vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig i.S.d. § 140 BGB ist, ist allein entscheidend, daß die mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigten rechtlichen Wirkungen nicht eintreten. Aus der Sicht der Parteien kann diese Situation auch gegeben sein, wenn das Rechtsgeschäft ins Leere geht, weil es an einem außerhalb des vorgenommenen Rechtsgeschäfts liegenden Tatbestand fehlt. Auch in diesen Fällen treten die von den Parteien mit der Vor- nahme des Geschäfts beabsichtigten rechtlichen Wirkungen nicht ein. Eine Umdeutung kann deshalb sinnvoll sein.

h) Einredebehaftete Rechtsgeschäfte, insbes. verjährte und präjudizierte Wechsel und Schecks

Ist ein Rechtsgeschäft einmal wirksam zustande gekommen, so fehlt es an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. Denn der Begriff der Nichtigkeit setzt voraus, daß das Geschäft,

1) vgl. BGHZ 50, 316; BGH NJW 1974, 498.

2) vgl. RG LZ 1931, Sp. 839, 841; RG Recht 1909, Nr. 3032; BGH NJW 1968, 1134; BGH LM Nr. 31 zu § 1025 ZPO, Bl. 1; BGHZ 50, 316, 318; BGH NJW 1974, 498, 499.

wie die Parteien es vorgenommen haben, keine Rechtswirkungen erzeugt. Wird das wirksam zustande gekommene Geschäft später mit einer Einrede oder Einwendung behaftet, so ändert dies nichts an dessen Wirksamkeit. Für eine Umdeutung ist somit schon nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes kein Raum.¹⁾ In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgeworfen worden, ob verjährte oder präjudizierte Wechsel oder Schecks umgedeutet werden können. Dazu hatte der BGH²⁾ einen Fall zu entscheiden, in dem ein Scheck weder protestiert i.S.d. Art. 40 Nr. 1 SchG, noch die sonstigen rückgriffserhaltenden Maßnahmen gem. Art. 40 Nr. 2 und 3 SchG ergriffen worden waren. Zur Frage, ob der präjudizierte Scheck als sonstige Verpflichtungserklärung des Ausstellers aufrecht erhalten werden könne, hat der BGH ausgeführt³⁾: "Nach Verlust des Rückgriffs kann ein Scheck nicht in ein Schuldversprechen umgedeutet werden ... Sonst würde Art. 40 SchG gegenüber dem Aussteller eines Schecks ausgehöhlt werden".⁴⁾

Im Ergebnis trifft diese Begründung sicherlich zu. Der Inhaber eines Wechsels oder Schecks ist nicht in der Lage, durch § 140 BGB die scheck- und wechselrechtlichen Verjährungs- und Präjudizierungs Vorschriften zu umgehen. Eines Rückgriffs auf diese Erwägungen bedurfte es aber nicht. Denn es lag schon kein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor, so daß diese Vorschrift ohnehin keine Anwendung finden konnte. Ein Rechtsgeschäft ist nichtig, wenn die mit ihm beabsichtigten rechtlichen Wirkungen nicht eintreten. Bei der Ausstellung des Schecks sind aber die damit verbundenen Verpflichtungen der Beteiligten eingetreten. Der Präjudizierung und auch z.B. einer Verjährung geht aber zunächst die rechtswirksame Entscheidung der Wechsel- bzw. Scheckverbindlichkeit voraus. Diese Wirksamkeit wird durch die Präjudizierung oder Verjährung nicht beseitigt, sondern es werden lediglich die wechsel- und scheckrechtlichen Ansprüche

1) ähnlich O. Fischer, FS Wach, S. 179, 195.

2) BGHZ 3, 238ff.

3) BGHZ 3, 238 (LS) und 239.

4) ebenso Krampe, Konversion, S. 279.

in ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt.¹⁾ Das gleiche gilt, wenn die wechselfähigen Rechte bereits im Augenblick ihrer Entstehung verjährt oder präjudiziert sind, weil ein Blankowechsel erst nach Ablauf der betreffenden Fristen vervollständigt wird.²⁾ Auch in diesem Falle ist der Blankowechsel nicht nichtig, sondern erfüllt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen, die nach Art. 1ff WG an seine Wirksamkeit gestellt werden. Daß die wechselfähigen Ansprüche in der Durchsetzung gehemmt sind, ändert hieran nichts. Dementsprechend wird von der herrschenden Meinung³⁾ die Umdeutung verjährter und präjudizierter Wechsel und Schecks zu Recht mit der Begründung abgelehnt, es fehle bereits an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. In einer älteren Entscheidung hat das RG⁴⁾ dazu ausgeführt, dies finde seinen Grund darin, "daß die gültig entstandene Wechselobligation einheitlich nach den Grundsätzen des Wechselrechts, und nur nach diesen Grundsätzen, zu beurteilen ist. Mit der Entstehung eines gültigen Wechsels ist nicht zugleich eine kaufmännische Anweisung oder ein kaufmännischer Verpflichtungsschein entstanden, sondern eben nur ein Wechsel ..." Danach kann es nicht zu einer echten Konkurrenz zwischen Art. 40 SchG bzw. Art. 43ff WG und den bürgerlich-rechtlichen Verpflichtungserklärungen kommen. Denn für gültige Wechsel oder Schecks gilt nicht zugleich und uneingeschränkt bürgerliches Recht, sondern vorrangig das Wechsel- und Scheckrecht. Dieses System des Vorrangs der *lex specialis* vor der *lex generalis*, durch das das Verhältnis von Wechsel- und Scheckrecht zum allgemeinen bürgerlichen Recht gekennzeichnet ist, will § 140 BGB nicht durch-

1) vgl. Staub/Stranz Art. 89 Anm. 22.

2) Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 13; Reinicke, DB 1960, 1028, 1030; vgl. zu der Entstehung der Verbindlichkeit bei Blankowechsel o. S. 23ff.

3) BGH WM 1972, 461; RGZ 48, 223, 230; Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 13 und Art. 2 SchG Rdn. 5; Reinicke, DB 1960, 1028, 1030; Stranz Art. 89 Anm. 17; Weimar, WM 1967, 862, 863; Liesecke, WM 1971, 294, 297; Siller, AcP 138, 144, 165; i.E. bereits RGZ 8 (1882) 35, 41; 48 (1901) 223, 230; ROHGE 18, 188 (1875) und 9, 353, 354 (1872); anders jedoch die Rechtsprechung in Italien, vgl. Liesecke, WM 1971, 294, 297 m.w.N.

4) RGZ 48, 223, 230.

kreuzen. Denn die Vorschrift ist nicht auf wirksame, sondern nur auf nichtige Rechtsgeschäfte anwendbar.

i) Geschäfte, die undurchführbar geworden sind

Ebenso ist eine Umdeutung ausgeschlossen, wenn die Durchführung eines Rechtsgeschäfts im nachhinein unmöglich geworden ist, es jedoch im Zeitpunkt seiner Vornahme an sich nicht zu beanstanden war.¹⁾ Ist z.B. ein Vertrag, durch den sich der eine Teil gegenüber dem Erblasser zum Abschluß eines Erbverzichtsvertrages i.S.d. §§ 2346ff BGB verpflichtet, nachträglich nicht mehr durchführbar, weil der Erblasser zwischenzeitlich verstorben ist, so wird der andere Teil gem. § 275 BGB von seiner Leistung frei, weil deren Erfüllung unmöglich ist.²⁾ Der Vertrag ist nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung abzuwickeln. Für die Umdeutung ist kein Raum. Es fehlt an einem nichtigen Rechtsgeschäft.³⁾ Neuerdings hat Kuchinke⁴⁾ die Ansicht geäußert, in diesem Falle könne der - auch formlos⁵⁾ - wirksame, aber nicht mehr erfüllbare Kausalvertrag (zum Abschluß des Verzichtsvertrages) gem. § 140 BGB in einen anderen schuldrechtlichen Vertrag umgedeutet werden, mit dem sich der "Verzichtswillige verpflichtet, seine erbrechtlichen Ansprüche nicht geltend zu machen ..."⁶⁾ Er begründet seine Ansicht im wesentlichen damit, daß es nicht gerechtfertigt sei, die Abwicklung des Erbfalles nach dem Willen

1) Siller, AcP 138, 144, 165.

2) vgl. BGHZ 37, 319, 329f.

3) ebenso für § 139 BGB: Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 6; Flume, AT II, § 32,4, S. 577 Fn. 29; Enneccerus/Nipperdey § 202 IV 1 d, S. 1219; Staudinger-Dilcher § 139 Rdn. 3.

4) Kuchinke, NJW 1983, 2358, 2360f.

5) str., ebenso Lange/Kuchinke § 7 I 4 b, S. 98; a.A. die h.M.: Soergel-Damrau § 2348 Rdn. 5; BGB-RGRK-Johannsen § 2348 Rdn. 3; Staudinger-Ferid/Cieslar § 2348 Rdn. 7; Johannsen, WM 1972, 1046, 1049; Damrau, NJW 1984, 1163ff (gegen Kuchinke); KG MDR 1974, 46f; v. Lübtow S. 536; Bartholomeyczik/Schlüter § 5 II 5 b, S. 24.

6) Kuchinke, NJW 1983, 2358, 2361.

der Beteiligten, wie er in dem Kausalvertrag zum Ausdruck gekommen sei, scheitern zu lassen, nur "weil ein zufälliges Ereignis, wie der zwischenzeitliche Eintritt des Erbfalles, den Verzicht nicht mehr ermöglicht".¹⁾ Weiterhin befürchtet er untragbare Ergebnisse, wenn z.B. der Erblasser größere Vorleistungen in der Form einer Abfindung an den zum Verzicht Verpflichteten erbracht habe, die nicht mehr sachgemäß rückabgewickelt werden könnten.²⁾

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie findet im Gesetz keine Stütze. § 140 BGB greift nicht ein, weil es an einem nichtigen Geschäft fehlt. Daß der Schuldner bei nachträglicher Unmöglichkeit von seiner Leistung frei wird, beruht nicht darauf, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages dessen gesetzliche Voraussetzungen oder sonstige Erfordernisse nicht eingehalten haben, sondern auf der gesetzlichen Anordnung in § 275 BGB. Diese Vorschrift setzt aber gerade einen wirksamen Vertrag voraus.

§ 140 BGB greift auch seinem Sinn nach nicht ein. Die Norm will nichtigen Rechtsgeschäften möglichst zur Geltung verhelfen, wenn die Parteien in Unkenntnis der wahren Rechtslage deren Erfordernisse nicht eingehalten haben. Hiervon kann aber nicht die Rede sein, wenn das Geschäft, so, wie die Parteien es vorgenommen haben, rechtlich nicht zu beanstanden ist, und lediglich dessen Erfüllung nachträglich unmöglich geworden ist. Die Parteien haben sich im letzteren Falle nicht über die rechtliche Wirksamkeit des vorgenommenen Geschäfts, sondern allenfalls über dessen spätere tatsächliche Durchführbarkeit geirrt. Außerdem würde durch eine Umdeutung die gesetzliche Regelung über die Abwicklung von Geschäften, die nachträglich unmöglich geworden ist, durchkreuzt. Dies ist jedoch nicht sinngemäß.

1) Kuchinke, NJW 1983, 2358, 2361.

2) Kuchinke a.a.O.

j) Unzweckmäßige Geschäfte

An einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt es auch dann, wenn das Geschäft als rechtsgeschäftliche Regelung nicht zu beanstanden ist und es die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen auch hervorbringt, das Geschäft aber für die Ziele der Beteiligten unzweckmäßig, umständlich oder mit vermeidbaren Kosten verbunden ist.

So hatten die Gesellschafter einer OHG in einem Fall, den der BFH¹⁾ zu entscheiden hatte, beschlossen, die OHG zum 31.12.1967 aufzulösen. Der Kläger übernahm das Gesellschaftsvermögen, zu dem u.a. auch Grundstücke gehörten. Ab dem 1.1.1968 sollte der Sohn des Klägers "als Teilhaber" in das geschäftliche Unternehmen des Klägers aufgenommen werden. Das Finanzamt ging davon aus, daß der Kläger persönlich gem. § 142 HGB i.V.m. § 738 BGB durch Anwachsung des OHG-Vermögens Grundstückseigentum erworben habe und setzte demgemäß Grunderwerbsteuern fest. Die steuerrechtlichen Folgen waren aber unerwünscht und hätten vermieden werden können, wenn der Sohn des Klägers bereits Gesellschafter geworden wäre, ehe die übrigen Gesellschafter bis auf den Kläger aus der OHG ausschieden. In diesem Falle wären die Grundstücke im Vermögen der OHG verblieben und eine Anwachsung auf den Kläger vermieden worden.

An sich könnte bedenkenlos angenommen werden, daß die beteiligten Gesellschafter den Sohn des Klägers als Gesellschafter in die OHG schon vor ihrem Ausscheiden aufgenommen hätten, um die steuerlichen Nachteile zu vermeiden, wenn sie die Rechtslage richtig eingeschätzt hätten. Dennoch ist für die Umdeutung kein Raum. § 140 BGB kann nur eingreifen, wenn die Rechtsordnung dem Geschäft die rechtliche Wirksamkeit versagt. Ist das Rechtsgeschäft rechtlich nicht zu beanstanden, so hat es auf dessen Wirksamkeit keinen Einfluß, wenn es sich im nachhinein als unzweckmäßig erweist. Eine Umdeutung kommt schon mangels nichtigen Rechtsgeschäfts nicht in Frage. § 140 BGB hat nicht die Aufgabe, die falsche Vorstellung der Parteien von

1) BFH NJW 1979, 1000.

der Zweckmäßigkeit eines Geschäfts auszugleichen. Folgerichtig hat der BFH¹⁾ die Parteien an ihren insoweit eindeutigen Erklärungen festgehalten und eine Umdeutung erst gar nicht in Erwägung gezogen.

k) Nicht bewiesene Rechtsgeschäfte

Bisweilen wird die Ansicht vertreten²⁾, § 140 BGB sei - zumindest entsprechend- anwendbar, wenn die bewiesenen Tatsachen zwar nicht ausreichen, um die Wirksamkeit des behaupteten Primärgeschäfts festzustellen. Genügten sie aber, um ein gleichwertiges Eventualgeschäft als wirksam geschlossen zu unterstellen, so sei jenes in dieses zu konvertieren.

Diese Ansicht ist bedenklich. Die Unbeweisbarkeit und die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts dürfen nicht auf eine Stufe gestellt werden. Nur Tatsachen sind dem Beweise zugänglich. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts richtet sich danach, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Geschäfts erfüllt sind. Es handelt sich dabei um eine reine Rechtsfrage, die unter Zugrundelegung des Tatsachenstoffes zu entscheiden ist. Kann eine behauptete Tatsache nicht bewiesen werden, so darf der Richter diese bei der rechtlichen Bewertung des Geschäfts nicht berücksichtigen. Zu der Frage, ob die nicht bewiesenen Erklärungen die Voraussetzungen eines wirksamen oder nichtigen Geschäfts erfüllen, kommt der Richter somit nicht mehr.³⁾

Auch wäre ein praktischer Fall nur schwer vorstellbar: Behauptet z.B. die eine Partei im Prozeß, man habe sich über die Verpfändung einer Hypothekenforderung geeinigt, so ist ihre Klage schlüssig, wenn sie zusätzlich vorträgt, der Forderungsgläubiger habe die Verpfändung gem. § 1280 BGB dem Schuldner angezeigt. Bestreitet der Gegner die Verpfändungsanzeige und kann diese nicht bewiesen werden, so trägt hier der beweispflichtige

1) BFH NJW 1979, 1000.

2) Reichel, AcP 126, 204, 210, 211.

3) Ähnlich Siller, AcP 138, 144, 166 gegen Reichel.

Kläger die Nachteile des non liquet: Der Richter beurteilt den Sachverhalt so, als ob die Anzeige nicht erfolgt sei. Die Verpfändung ist nach dem festgestellten Sachverhalt unwirksam. Sie kann ggf. in ein Zurückbehaltungsrecht an dem (übergebenen) Hypothekenbrief umgedeutet werden. Hat der Kläger darüber hinaus hilfsweise die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts an dem Brief vorgetragen, und könnte er dies ggf. auch beweisen, so bestehen zwei Möglichkeiten: Wenn die Voraussetzungen der Umdeutung vorliegen, und die primär vorgetragene, aber nichtige Verpfändung in ein Zurückbehaltungsrecht umgedeutet werden kann, dann kommt es auf den Hilfsvortrag rechtlich nicht mehr an. Liegen die Voraussetzungen der Umdeutung gem. § 140 BGB hinsichtlich der nichtigen Verpfändung dagegen nicht vor, so wird der Hilfsvortrag entscheidungserheblich und die angebotenen Beweise müssen erhoben werden. Bei dieser Sachlage wird aber nicht das unbewiesene Hauptgeschäft als nichtig angesehen und in ein bewiesenes umgedeutet. Es gilt vielmehr das hilfsweise vorgetragene und bewiesene Geschäft. So wird mit Recht von der überwiegend vertretenen Ansicht¹⁾ die Gleichstellung von nichtigen und nicht bewiesenen Rechtsgeschäften für die Anwendung des § 140 BGB abgelehnt.

1) Angefochtene Rechtsgeschäfte

Beruhet die Abgabe einer Willenserklärung auf einem Irrtum, einer Täuschung oder Drohung, so kann dem Berechtigten ein Anfechtungsrecht gem. §§ 119ff, 2078 BGB zustehen. Ob eine Umdeutung angefochtener Geschäfte in Frage kommen kann, ist insbes. in der Rechtslehre umstritten. Einigkeit besteht zunächst insoweit, daß anfechtbare Geschäfte nicht umgedeutet werden können, wenn und solange die Anfechtung nicht erfolgt.²⁾ Diese Ansicht ist zutreffend. Solange nicht angefochten wird,

1) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3; Erman-Brox § 140 Rdn. 10; Siller, AcP 138, 144, 166.

2) vgl. z.B. Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a bb; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3; Erman-Brox § 140 Rdn. 11; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2; wohl auch Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 12; Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer § 140 Anm. 2 a.

besteht das Rechtsgeschäft.¹⁾ Die damit beabsichtigten Rechtswirkungen treten ein. Das anfechtbare Geschäft steht lediglich "unter einer auflösenden Gesetzesbedingung"²⁾, nämlich der Anfechtbarkeit. Übt der Anfechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht nicht aus, so steht das Rechtsgeschäft in seinen rechtlichen Wirkungen einem nicht anfechtbaren Rechtsgeschäft völlig gleich. Für eine Umdeutung ist kein Raum, da es an einem nichtigen Rechtsgeschäft fehlt. Erfolgt aber die (wirksame) Anfechtung, so ist das Rechtsgeschäft gem. § 142 Abs. 1 BGB "als von Anfang an nichtig anzusehen", so daß eine Umdeutung in Frage kommen könnte.

Gegen die Umdeutung angefochtener Rechtsgeschäfte hat sich das RG³⁾ in einer bereits oben⁴⁾ erörterten Entscheidung ausgesprochen. Der Entscheidung lag aber kein angefochtenes Rechtsgeschäft zugrunde, sondern eine mangels Anzeige unwirksame Forderungsverpfändung. Gegen die Umdeutung dieser unwirksamen - und nach dem Gesetzeswortlaut nicht nichtigen - Verpfändung argumentierte das RG u.a. wie folgt:⁵⁾ Da die fehlende Anzeige jederzeit nachgeholt und "die endgültige Unwirksamkeit des Geschäfts erst durch freie Entschließung einer Vertragspartei herbeigeführt" werden könne, müsse zur Feststellung des subjektiven Tatbestandes i.S.d. § 140 BGB zunächst die Vorfrage geklärt werden, ob auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder auf den Zeitpunkt der endgültigen Unwirksamkeit abzustellen sei. Stelle man auf den ersten Zeitpunkt ab, so sei zwar an sich denkbar, daß die Parteien ein anderes Geschäft i.S.d. § 140 BGB gewollt hätten. Aber, so heißt es in der Entscheidung weiter⁶⁾, "wenn man im Hinblick auf diese Möglichkeit die Umdeutung bei (endgültig) unwirksamen Geschäften zulassen wollte, so müßte man sie grundsätzlich auch bei den nach §§ 119

1) Motive I 219.

2) Motive a.a.O.

3) RGZ 79, 306ff.

4) s. o. S. 38ff.

5) RGZ 79, 306, 309ff.

6) RGZ 79, 306, 310.

flg. anfechtbaren Geschäften zulassen (vgl. § 142) und das würde mit dem Anfechtungsrechte nicht vereinbar sein".

Aus diesen Ausführungen läßt sich nur indirekt entnehmen, weshalb das RG (auch) die Umdeutung angefochtener Geschäfte nicht zulassen wollte. Der Hinweis auf § 142 BGB, nach dem angefochtene Rechtsgeschäfte als "nichtig" anzusehen sind, macht deutlich, daß das RG der Ansicht war, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes angefochtene Geschäfte an sich als nichtige Rechtsgeschäfte i.S.d. § 140 BGB zu behandeln seien. Daß eine Umdeutung angefochtener Geschäfte dennoch nicht möglich sei, sah das RG offenbar darin begründet, daß die Nichtigkeit erst durch "freie Entschließung der einen Vertragspartei" im nachhinein durch die Anfechtung "herbeigeführt" werden könne.

Mit dem Urteil des RG hat sich ausführlich O. Fischer¹⁾ auseinandergesetzt. Er hält die Umdeutung angefochtener Rechtsgeschäfte entgegen der Ansicht des RG für möglich, weil "§ 142 Abs. 1 ... auf das angefochtene Geschäft die Grundsätze von dem nichtigen Geschäft anzuwenden befiehlt".²⁾ Weiterhin sieht Fischer³⁾ einen Widerspruch in der Rechtsprechung⁴⁾, weil diese die Umdeutung angefochtener Geschäfte ausschließe, während sie andererseits im Falle einer Teilanfechtung die Anwendbarkeit des § 139 BGB zulasse. "Denn", so argumentiert Fischer⁵⁾, "wie gegenüber der Vorschrift des § 142 Abs. 1 BGB § 140 außer Anwendung gesetzt und dennoch § 139 BGB anwendbar bleiben könnte, ist nicht abzusehen".

Auf die Argumentation, die sich auf den Gesetzeswortlaut des § 142 Abs. 1 BGB bezieht, und vor deren Konsequenzen anschei-

1) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 261ff, 264f.

2) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 264; ähnlich ders. a.a.O., S. 202 und S. 188.

3) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 261ff, 264f.

4) RGZ 62, 184, 186; RGZ 146, 234, 239; dies entspricht auch der heute ganz h.M., vgl.: BGH NJW 1969, 1759, 1760; BGH BB 1983, 927, 928; BAGE 22, 344, 354; Flume, AT II, § 32, 6, S. 583 und § 31, 4, S. 561f; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 139 Rdn. 15; Münch Komm-Mayer-Maly § 143 Rdn. 11; Palandt-Heinrichs § 139 Anm. 2 a; Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 4.

5) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 265.

nend auch das RG¹⁾ Befürchtungen hatte, stützen mehr oder weniger alle Vertreter, die die Umdeutung angefochtener Geschäfte zulassen, ihre Meinung.²⁾ Die Gegenansicht³⁾ teilt das Unbehagen, das das RG bei der Umdeutung angefochtener Geschäfte bewogen haben mag: So argumentiert z.B. Siller⁴⁾ gegen Fischer, aus §§ 119ff BGB gehe hervor, daß sich die Anfechtung gegen die Willenserklärung richte und diese vernichte. Die wirksame Anfechtung zerstöre einen Wesensbestandteil des Rechtsgeschäfts, und damit entfalle die Grundlage für eine Konversion. Diesen Gedanken greift Flume⁵⁾ wieder auf: Durch die Anfechtung sei die Willenserklärung als Grundlage einer rechtsgeschäftlichen Regelung "storniert". Durch die Anwendung des § 140 BGB könne man nicht dazu gelangen, daß das Rechtsgeschäft so gilt, wie es ohne den Irrtum, die arglistige Täuschung oder die Drohung abgeschlossen worden wäre.⁶⁾ Medicus⁷⁾ meint, wenn die Nichtigkeit erst durch die Anfechtung eingetreten sei, dann sei die angefochtene Erklärung "derart beseitigt, daß sie sich nicht mehr als Grundlage für ein Ersatzgeschäft" eigne. Ähnlich formuliert Krampe⁸⁾: Nach der Anfechtung sei "keine Willenserklärung mehr vorhanden, die zur Aufrechterhaltung auch eines 'anderen Rechtsgeschäfts' i.S.d. § 140 BGB auf jeden Fall erforderlich" sei. Darüber hinaus hat Krampe⁹⁾ seine Ansicht auf ein weiteres Argument gestützt: Er versteht unter Konversion die Auslegung der Parteierklärungen, die als "gedankliche

1) RGZ 79, 306ff.

2) so insbes. Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 3; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2; ebenso bereits Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 5; Erman-Brox § 140 Rdn. 11; und Erman-Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 4; BGB-RGRK-Krüger-Nie-land/Zöllner § 140 Rdn. 8; Enneccerus/Nipperdey § 202 V zu Fn. 74, S. 1223; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a bb; Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer § 140 Anm. 2 a.

3) Flume, AT II, S. 592f; Krampe, JZ 1975, 572, 574.

4) Siller, AcP 138, 144, 159.

5) Flume, AT II, S. 592, 593 unter Bezugnahme auf Siller in Fn. 72.

6) ähnlich Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 12 (ausnahmsweise aber zulassend).

7) Medicus, AT, Rdn. 518.

8) Krampe, Konversion, S. 247ff; ders., JZ 1975, 574.

9) Krampe, Konversion, S. 247ff.

Durchgangsstufe bei der Qualifikation des Rechtsgeschäfts"¹⁾ dessen Nichtigkeit mit einbeziehe und diese Nichtigkeit durch "Um-Qualifikation" der Erklärungen in den rechtlich zulässigen Typ überwinde. Nach dieser "Lehre von der Konversion als Auslegung" komme die Umdeutung angefochtener Geschäfte nicht in Betracht. Denn, so argumentiert Krampe weiter, die Auslegung gehe der Anfechtung vor.²⁾

Die verschiedenen Argumentationen sind nicht zwingend. Stellt man auf den reinen Wortlaut des § 142 BGB ab, so wird übersehen, daß die Nichtigkeit nach einer Anfechtung gegenüber der Nichtigkeit in sonstigen Fällen eine wesentliche Besonderheit aufweist: Während nämlich in allen anderen Fällen der Nichtigkeit und endgültigen Unwirksamkeit die Ungültigkeit des Geschäfts von Anfang an besteht und das Rechtsgeschäft zu keinem Zeitpunkt wirksam war, ist das anfechtbare, aber noch nicht angefochtene Geschäft nach dem Gesetz voll wirksam. Tut der Anfechtungsberechtigte nichts oder läßt er die Anfechtungsfrist (vgl. §§ 121, 124 BGB) verstreichen, so bleibt das Geschäft wirksam. Auch wenn man die Umdeutung unwirksamer Geschäfte, denen es an einer nachholbaren gesetzlichen Voraussetzung fehlt, mit der ganz herrschenden Meinung zuläßt³⁾, hat das nicht, wie es das RG offenbar befürchtete, notwendig zur Konsequenz, daß dann auch die Konversion angefochtener Geschäfte zulässig sein müßte. Denn der aufgezeigte Unterschied grenzt die Anfechtung auch von dem Fall ab, in dem z.B. die Anzeige gem. § 128o BGB bei einer Forderungsverpfändung unterbleibt: Die Pfändungsanzeige ist zwar nachholbar; daraus hat das RG aber den Schluß gezogen, in diesem Falle werde die "endgültige Unwirksamkeit des Geschäfts erst durch freie Entschliebung der einen Vertragspartei herbeigeführt". Diese Erwägung gilt zwar für anfechtbare Geschäfte, da das anfechtbare, zunächst voll wirksame Geschäft erst durch die Anfechtung beseitigt wird. Dies trifft aber nicht für den Fall der fehlenden Verpfändungsanzeige zu: Solange die Anzeige nicht oder

1) Krampe, Konversion, S. 284.

2) Krampe, Konversion, S. 250 und S. 251, 284.

3) vgl. im einzelnen o.S. 42ff.

nicht in wirksamer Form nachgeholt worden ist, ist das Geschäft mangels Anzeige unwirksam. Und das Geschäft bleibt unwirksam, wenn die Anzeige nicht nachgeholt wird, ohne jemals Wirksamkeit erlangt zu haben. Durch die Nachholung der Anzeige macht der Verpfänder also nicht - wie im Falle der Anfechtung - ein bis dahin voll wirksames Geschäft zu einem unwirksamen, sondern ein bis zur Anzeige unwirksames Geschäft zu einem wirksamen. Wegen dieses wesentlichen Unterschiedes der Wirkungen hätte das RG die anfechtbaren Geschäfte nicht mit einer Forderungsverpfändung, der es an der Anzeige gem. § 128o BGB fehlt, auf eine Stufe stellen dürfen.

Gegen die reine Buchstabeninterpretation, wonach die Anwendung des § 14o BGB auf angefochtene Geschäfte gem. § 142 BGB befohlen werde, spricht weiterhin, daß in den Motiven ausdrücklich die Fälle der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit unterschieden wurden. "Unter Anfechtbarkeit" heißt es dort¹⁾, "wird diejenige Ungültigkeit verstanden, kraft deren einem Rechtsgeschäft die Gültigkeit nicht sofort" - wie bei der Nichtigkeit²⁾ - "sondern erst ... entzogen wird, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung ... abgegeben wird". Weiter heißt es in den Motiven³⁾: "Der frühere Zustand" werde nach erfolgter Anfechtung, "unter den Parteien von Rechtswegen wieder hergestellt". Daß diese grundsätzliche Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, die einen Ausschluß der Umdeutung durch Anfechtung vernichteter Geschäfte rechtfertigen könnte, durch § 142 Abs. 1 BGB wieder aufgehoben werden sollte, ist nicht ersichtlich.⁴⁾ Die 2. Kommission ging vielmehr davon aus, daß insoweit die später als § 142 BGB Gesetz gewordene Bestimmung sich sachlich dem 1. Entwurf anschließe.⁵⁾ Auch liegt, wie Fischer meint⁶⁾, nicht notwendig ein Wertungswiderspruch vor, wenn man die Umdeutung angefochtener Geschäfte ablehnt und die

1) Motive I, 219.

2) vgl. Motive I, 218.

3) Motive I, 219.

4) vgl. Protokolle I, 127.

5) Protokolle I, 127.

6) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 264, 265.

Anwendung des § 139 BGB auf teilangefochtene Geschäfte zuläßt. Denn die §§ 139 und 140 BGB enthalten grundsätzlich unterschiedliche Regelungen: Während es bei § 140 BGB darum geht, ob die durch Anfechtung vernichtete Regelung in der Form eines anderen Rechtsgeschäfts Bestand haben kann, entscheidet sich nach § 139 BGB, ob das (gültige) von der (Teil-)Anfechtung nicht erfaßte Rechtsgeschäft, so, wie die Parteien es vorgenommen haben, auch ohne den durch Anfechtung vernichteten Teil gültig bleibt. Die Aussagen der beiden Vorschriften gehen somit aneinander vorbei, so daß die Anwendung der einen nicht notwendig die Anwendbarkeit der anderen zur Folge haben muß. Dementsprechend bezog sich § 114 des 1. Entwurfs, der Vorläufer des § 139 BGB, nicht auf teil"nichtige" Geschäfte, sondern auf die teilweise "Ungültigkeit", während § 111 des 1. Entwurfs, der spätere § 140 BGB, ausdrücklich ein "nichtiges" Rechtsgeschäft voraussetzte. Da die 1. Kommission unter Ungültigkeit die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit verstand¹⁾, lassen sich für die Anwendbarkeit der §§ 139 und 140 BGB auf angefochtene Geschäfte also durchaus unterschiedliche Konsequenzen ziehen. Weiterhin ist in den Motiven zu § 114²⁾ des 1. Entwurfs (= § 139 BGB) ausdrücklich der Fall der Teilanfechtung in die Anwendbarkeit der Vorschrift miteinbezogen worden, während in den Anmerkungen der 1. Kommission zu § 111³⁾ des 1. Entwurfs (= § 140 BGB) jeglicher Hinweis auf angefochtene Geschäfte fehlt. Auch dieser Gesichtspunkt spricht gegen das Argument, die Umdeutung angefochtener Geschäfte sei eine notwendige Konsequenz aus der Anwendung des § 139 BGB auf teilangefochtene Geschäfte.

Die Argumente der Gegenansicht, die die Umdeutung ablehnt, sind ebenfalls nicht unangreifbar. Warum soll die Willenserklärung durch die Anfechtung beseitigt worden sein oder als Grundlage einer rechtsgeschäftlichen Regelung storniert sein? Richtig ist, daß die Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB die rechtliche Wirkung der abgegebenen Erklärungen - und zwar im nachhinein mit rückwirkender Kraft - beseitigt. Nach der Anfechtung wird

1) vgl. Motive I, 216.

2) Motive I, 222.

3) Motive I, 218.

"das Rechtsgeschäft hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre", heißt es entsprechend dem Wortlaut des § 112 des 1. Entwurfs in den Motiven dazu.¹⁾ Die Anfechtung beseitigt also die gewollten rechtlichen Wirkungen und nicht die Willenserklärung selbst. Auch die Argumentation Krampes, wonach sich eine Konversion angefochtener Geschäfte schon deshalb verbiete, weil die Umdeutung lediglich ein Fall der Auslegung sei, und die Auslegung der Anfechtung vorgehe, ist in sich nicht zwingend. Denn sie erklärt nicht, warum eine Umdeutung auch im Sinne einer Auslegung ausgeschlossen sein soll, die die Nichtigkeit des Geschäfts infolge der Anfechtung in die Überlegungen mit einbezieht.

Dennoch ist der letzteren Ansicht, die die Umdeutung angefochtener Geschäfte ablehnt, der Vorzug zu geben. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 140 BGB: Die Umdeutung hat den Sinn, den auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichteten Willen der Parteien auch dann zu verwirklichen, wenn das Rechtsgeschäft, so wie es die Parteien geschlossen haben und mit dem sie glaubten, bereits eine rechtswirksame Regelung getroffen zu haben, entgegen ihren Vorstellungen unwirksam ist, weil sie die gesetzlichen Erfordernisse des Geschäfts nicht eingehalten haben. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist aber nicht unwirksam, sondern bringt seine Rechtswirkungen "als ein rechtmäßig gestaltetes Rechtsgeschäft"²⁾ vollständig hervor. Von einem Irrtum über die Wirksamkeit kann deshalb nicht die Rede sein. Bis zur Anfechtung ist es vielmehr wirksam und lediglich im nachhinein nach dem freien Ermessen des Anfechtungsberechtigten vernichtbar. Die Nichtigkeit eines angefochtenen Rechtsgeschäfts beruht also nicht unmittelbar auf dem Gesetz, weil die Parteien dessen Erfordernisse nicht eingehalten haben, sondern auf der freien Willensentschließung einer Vertragspartei. Ein Bedürfnis, dem Willen der Parteien zur Wirksamkeit zu verhelfen, besteht gem. § 140 BGB aber nicht, wenn eine der Parteien selbst die Wirkungslosigkeit des Geschäfts durch Anfechtung herbeigeführt hat.

1) Motive I, 219.

2) Zepos, FS Spiropoulos, S. 464, 467, 468.

Außerdem ist ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen der Anfechtbarkeit und den sonstigen Fällen der Unwirksamkeit zu bedenken, der gegen eine Umdeutung angefochtener Rechtsgeschäfte spricht: Bei den anfechtbaren Rechtsgeschäften liegt bei dem Erklärenden eine fehlerhafte Willensbildung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung, oder aber beim Erklärungs- und Inhaltsirrtum eine fehlerhafte Erklärung des Willens vor, die zu der Vernichtung des Geschäfts durch Anfechtung berechtigen. Die Fehlerquelle liegt also in der Bildung oder bei der Erklärung des Willens. Dagegen sind in den übrigen Fällen der Unwirksamkeit Wille und Erklärung, also die Willenserklärungen an sich, nicht zu beanstanden. Da es bei § 140 BGB darum geht, den Willen der Parteien zu verwirklichen, muß die Fehlerquelle des nichtigen Rechtsgeschäfts der eigentlichen Willensbildung und der Erklärung des Willens nachgelagert sein. Denn läßt sich schon nicht das, was die Parteien verbindlich vereinbaren wollten, als einwandfrei gebildeter oder erklärter Wille feststellen, dann fehlt es gerade an dem Willen, der durch § 140 BGB verwirklicht werden soll. § 140 BGB gibt die Möglichkeit, den Willen der Parteien, der in dem nichtigen Rechtsgeschäft Ausdruck gefunden hat, ganz oder teilweise zu verwirklichen, nicht dagegen den fehlerhaften Willen durch einen fehlerfreien zu ersetzen. Hat sich z.B. der eine Vertragspartner bei der Ausgabe seiner Offerte verschrieben und seine Leistung statt für DM 1.000,-- für DM 100,-- angeboten, so kann er seine Erklärung gem. § 119 Abs. 1 BGB wegen Erklärungsirrtums anfechten. Der andere Teil, der das ihm zugegangene günstige Angebot angenommen hat, kann den Anfechtenden nicht an dessen Angebot festhalten. Der Anfechtungsgrund liegt in dem Irrtum des Anbietenden begründet: Er wollte "DM 1.000,--" sagen. Seine Erklärung lautete aber auf "DM 100,--". Dieses Auseinanderfallen von Wille und Erklärung könnte nur dadurch beseitigt werden, daß die Erklärung, die fehlgeschlagen ist und von dem Willen abweicht, dem Willen angepaßt wird. Könnte dies im Wege der Umdeutung geschehen, so lautete das umgedeutete Angebot auf "DM 1.000,--". Ein solches Angebot hat aber wiederum der Vertragsgegner nicht angenommen und auch nicht annehmen wollen. Sein Wille und seine Erklärung gingen bei der Annahme überein-

stimmend und irrtumsfrei dahin, die Leistung für "DM 100,--" zu erhalten. Es wäre aber dem Anfechtungsgegner nicht zumutbar, ihn, nachdem der Anfechtungsberechtigte den Vertrag zunächst angefochten hat, nunmehr im Wege der Umdeutung an den wahren Willen des Anfechtenden zu binden und ihm dadurch größere Lasten aufzuerlegen, als er mit dem Abschluß des anfechtbaren Geschäfts auf sich nehmen wollte.

Ist dagegen der Anfechtungsgegner, nachdem er von dem Irrtum erfahren hat, auch damit einverstanden, den Vertrag so durchzuführen, wie es der Anfechtende wirklich wollte, so stellt sich die Frage, ob der Anfechtungsgegner den anderen Teil an dem wirklich Gewollten festhalten kann. In der älteren Literatur¹⁾ wird dieses Problem von einigen Autoren über § 140 BGB gelöst. Da es aber hierbei nicht darum geht, den fehlgeschlagenen Willen des Erklärenden zu verwirklichen, sondern darum, ob der Anfechtungsgegner den anderen Teil an dem wirklich Gewollten festhalten kann, weil die Ausübung des Anfechtungsrechtes treuwidrig wäre, enthält § 140 BGB hierzu keine Aussage. In der jüngeren Rechtslehre²⁾ wird diese Frage dementsprechend unter dem Aspekt des "venire contra factum proprium" gem. § 242 BGB erörtert.

Angefochtene Rechtsgeschäfte können somit nicht umgedeutet werden.

m) Gesetzlich angeordnete Ersatzregelungen

In zahlreichen Fällen begnügt sich das Gesetz nicht mit dem Ausspruch der Nichtgeltung, sondern ordnet selbst an, was an Stelle des fehlerhaften Geschäfts gelten soll. Wird z.B. ein Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es gem. § 624 S. 1 BGB von dem Dienstverpflichteten nach Ablauf von fünf Jah-

1) vgl. z.B. Volkmann S. 25ff; Küntzel S. 32ff.

2) vgl. insbes. Flume, AT II, S. 422; Soergel-Hefermehl § 119 Rdn. 76; Staudinger-Dilcher § 119; ebenso Staudinger-Coing § 119 Rdn. 61 und § 142 Rdn. 1 a m.w.N.; ebenso bereits Gradenwitz S. 77.

ren gekündigt werden. Diese Vorschrift ist zwingend.¹⁾ Ebenso besteht nach § 567 S. 1 BGB ein Kündigungsrecht, wenn ein Mietvertrag für längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wurde. Ein weiteres Beispiel findet sich in § 2101 BGB. Obwohl nach § 1923 Abs. 2 BGB eine zur Zeit des Erbfalls nicht erzeugte Person nicht Erbe sein kann, geht gem. § 2101 abs. 1 S. 1 BGB die entsprechende Verfügung nicht völlig ins Leere, sondern gilt im Zweifel als Nacherbeneinsetzung.²⁾

In all diesen Fällen ist für die Umdeutung kein Raum. Zwar wird das Rechtsgeschäft, so, wie es die Parteien geschlossen haben, von der Rechtsordnung nicht anerkannt, so daß es denkbar wäre, daß die Parteien, wenn sie das gewußt hätten, ein anderes Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB geschlossen hätten. Da das Gesetz aber ausdrücklich vorsieht, was in diesen Fällen anstelle des gewollten Geschäfts gilt, geht dieser spezielle Rechtsfolgenausspruch dem § 140 BGB als Sonderregelung vor.³⁾ Man kann in diesen Fällen von einer durch Spezialgesetz angeordneten Umdeutung sprechen.⁴⁾ Denn hier wie dort gilt das Geschäft mit einem anderen Inhalt, als ihn die Parteien tatsächlich vereinbart haben. Ein wesentlicher Unterschied darf jedoch nicht übersehen werden: In den Fällen gesetzlich angeordneter Umdeutung ist allein entscheidend, ob die Voraussetzungen der speziellen Regelung erfüllt sind. Auf die Voraussetzungen des § 140 BGB kommt es dagegen nicht an. Insbesondere gilt die andere Regelung, sofern nicht das Spezialgesetz etwas anderes vorsieht, unabhängig von dem hypothetischen Willen der Partei i.S.d. § 140 BGB.⁵⁾

- 1) RGZ 80, 277, 279; allg. Meinung, vgl. z.B. Palandt-Putzo § 624 Anm. 1 b; Soergel-Kraft § 624 Rdn. 1; Münch Komm-Schwerdtner § 624 Rdn. 15; Erman-Küchenhoff § 624 Rdn. 7.
- 2) Eine ähnliche Regelung enthält § 6 Abs. 2 AGBG, wonach, soweit Klauseln unwirksam sind, der Inhalt des Vertrages sich nach den gesetzlichen Vorschriften richtet; zur Frage der Aufrechterhaltung unwirksamer AGB mit zulässigem Inhalt vgl. Wolf/Horn/Lindacher § 6, insbes. Rdn. Ioff m.w.N.
- 3) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 197; auf einen hypothetischen Willen stellt dagegen K. Müller, JR 1970, 86, 89ff ab, wenn ein Abänderungsvertrag eines bestehenden Mietvertrages der Schriftform nach § 566 BGB nicht genügt, und zwar bzgl. des ursprünglichen (formgerechten) Vertrages.

In der Rechtsprechung¹⁾ ist in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen worden, ob ein langjähriger Mietvertrag über ein Grundstück, der entgegen § 566 S. 1 BGB nicht in schriftlicher Form geschlossen wurde, in einen formfrei möglichen Vorvertrag zum Abschluß eines langjährigen Mietvertrages umgedeutet werden könne. Der BGH²⁾ hat eine solche Umdeutung abgelehnt, wenn kein Anhalt dafür besteht, daß Vorverträge gewollt waren, und nichts dafür vorgetragen ist, was einem sofortigen Abschluß des gewollten Hauptvertrages entgegenstände. Der BGH ließ also die Umdeutung am subjektiven Tatbestand des § 140 BGB scheitern. Eines Rückgriffs auf den Willen der Parteien bedurfte es aber nicht. Denn eine Umdeutung schied schon aus, weil es an einem nchtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlte.³⁾ Ein entgegen § 566 S. 1 BGB nur mündlich geschlossener Mietvertrag gilt gem. § 566 S. 2 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen und ist vorzeitig, d.h. vor Ablauf der vereinbarten Mietdauer, kündbar. Der an sich entgegen § 566 S. 1 BGB formwidrig abgeschlossene Vertrag ist also nicht gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. Er gilt vielmehr mit dem in § 566 S. 2 BGB gesetzlich angeordneten Inhalt. Wollte man die Umdeutung des Vertrages in einen Vorvertrag zum Abschluß des langjährigen Mietvertrages zulassen, so würde zudem das Kündigungsrecht, das § 566 S. 2 BGB gewährt, unterlaufen. Denn der Vermieter würde gegen seine Pflichten aus dem Vorvertrag verstoßen, wenn er den Abschluß des Mietvertrages ablehnte und das Mietverhältnis aufkündigte. Dementsprechend hat der BGH⁴⁾ in einer weiteren Entscheidung eine derartige Umdeutung zu Recht als Umgehung des Gesetzes bezeichnet.

1) BGH WM 1956, 1518 = LM Nr. 40 zu § 256 ZPO;
BGH WM 1963, 172 = DB 1963, 63.

2) BGH WM 1956, 1518, 1520.

3) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 105, 106.

4) BGH WM 1963, 172, 173; zustimmend Reinicke, Rechtsfolgen, S. 106.

n) Fälle, in denen insbes. formnichtige Geschäfte gem. § 242 BGB als wirksam behandelt werden

Erfüllt ein Rechtsgeschäft nicht die durch Gesetz vorgeschriebene Form, so ist es gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. Eine Umdeutung nach § 140 BGB kann deshalb in Betracht kommen. In der Rechtsprechung¹⁾ sind Fälle anerkannt, in denen formwidrig abgeschlossene schuldrechtliche Verträge ausnahmsweise "zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse"²⁾ gem. § 242 BGB als wirksam behandelt werden. Die Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB wird auf diese Weise durch den Grundsatz von Treu und Glauben eingeschränkt. Der formwidrige Vertrag bringt (Erfüllungs-) Ansprüche entsprechend den getroffenen Vereinbarungen hervor und bildet einen Rechtsgrund für die ausgetauschten Leistungen, so daß diese nicht gem. §§ 812ff BGB kondiziert werden können.³⁾ Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Einschränkung der Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB durch § 242 BGB und die Umdeutung des formnichtigen Geschäfts nach § 140 BGB stehen.

- 1) vgl. die umfassenden Darstellungen bei Reinicke, Rechtsfolgen, S. 29ff; Häsemeyer insbes. S. 36ff; Flume, AT II, S. 270ff; Soergel-Hefermehl § 125 Rdn. 22ff; jeweils mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; die Rechtslehre billigt die Rechtsprechung im Ergebnis weitgehend, wobei jedoch die Begründung im einzelnen umstritten ist; wie die Rechtsprechung z.B. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 28ff; ders., NJW 1968, 39ff; ders., DB 1967, 109ff; Larenz, Schuldrecht I, S. 134ff; Lorenz, JuS 1966, 429, 433ff; vgl. ders., AcP 156, 381ff; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 30ff; G. und D. Reinicke, MDR 1954, 641; vgl. Battes, JZ 1969, 683ff; einschränkend Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB, S. 26ff, 29; Münch Komm-Förschler § 125 Rdn. 54; vgl. auch Merz, AcP 163, 305, 322ff; anders dagegen Flume, AT II, S. 270ff (dagegen Lorenz, JuS 1966, 429, 433, 436 Fn. 45); Canaris, Vertrauenshaftung § 25, S. 274; Gernhuber, FS Schmidt-Rimpler, S. 151ff, 160ff; vgl. auch Häsemeyer S. 307.
- 2) OGHZ 1, 217, 219; ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. z.B. BGHZ 23, 249, 255; 29, 6, 10; 45, 179, 184; 48, 396, 398; BGH WM 1957, 1440; WM 1964, 828ff; vgl. weiter die Nachweise bei Palandt-Heinrichs § 125 Anm. 6; ähnlich Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 31; danach kann § 125 BGB durch § 242 BGB mit "in extrem liegenden Ausnahmefällen" eingeschränkt werden.
- 3) vgl. z.B. BGHZ 23, 249, 255, 258; BGHZ 20, 172, 173; 16, 334, 338; insofern herrscht auch in der Rechtslehre weitgehend Einigkeit; vgl. die Nachweise oben Fn. 1; dem Theorienstreit soll deshalb hier nicht näher nachgegangen werden.

In der Rechtsprechung ist dieses Problem, soweit ersichtlich, noch nicht erläutert worden. In der Rechtslehre¹⁾ wird vertreten, es fehle an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB, wenn ein formwidrig geschlossenes Geschäft gem. § 242 BGB als gültig behandelt werde. Bevor eine Umdeutung in Frage kommt, muß nach dieser Ansicht zunächst geprüft werden, ob der formwidrig abgeschlossene Vertrag nicht gem. § 242 BGB als gültig zu behandeln ist. Diese Rangfolge ist aber nicht zwingend. Denkbar wäre es auch, daß ein Rückgriff auf Treu und Glauben erst zulässig ist, wenn feststeht, daß der formwidrige Vertrag, so wie er geschlossen worden ist, nichtig bleibt, und dem Parteiwillen auch nicht im Wege der Umdeutung ganz oder teilweise zum Ziele verholfen werden kann.

Die Frage, ob § 242 BGB Vorrang vor § 140 BGB hat oder umgekehrt, ist von keiner großen praktischen Bedeutung. Denn sie kann sinnvollerweise nur für Fälle gestellt werden, in denen die beiden Vorschriften (für sich allein genommen) Anwendung finden könnten. Der gemeinsame Anwendungsbereich der beiden Rechtsinstitute ist aber nur sehr eng, da sie von ganz verschiedenen Voraussetzungen ausgehen und andere Ziele verfolgen: Bei § 140 BGB geht es darum, den Willen der Parteien, die in Unkenntnis der Rechtslage die gesetzlichen Erfordernisse eines Geschäfts nicht gewahrt haben, in der Form des umgedeuteten Geschäfts zum Erfolg zu verhelfen. Ganz anders liegt demgegenüber der Ansatzpunkt für eine Aufrechterhaltung formwidriger Geschäfte nach § 242 BGB: Das treuwidrige Ausnutzen der Formnichtigkeit soll auf diese Weise verhindert werden.²⁾ Wie § 242 BGB und § 140 BGB nebeneinander wirken könnten, läßt sich (theoretisch) an einem Fall zeigen, in dem der BGH³⁾ einen formwidrigen Vertrag gem. § 242 BGB als wirksam angesehen hat: Der Kläger hatte Aktien, die nahezu sein gesamtes Vermögen darstellten, veräußert und mit dem Erlös auf Grundstücken der Beklagten Garagen errichtet, die zur Weitervermietung bestimmt waren. In dem zugrunde liegenden Vertrag hatten die Parteien vereinbart,

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 89.

2) vgl. Flume, AT II, S. 288.

3) BGH WM 1962, 786f = DB 1962, 963; dazu Reinicke, Rechtsfolgen, S. 64.

daß die Einnahmen aus der Vermietung der Garagen zwischen ihnen je zur Hälfte geteilt würden. In einer weiteren Vereinbarung versprach die Beklagte, den Kläger als Miteigentümer der betreffenden Grundstücke "mit ihr zu gleichen Rechten" eintragen zu lassen. Da die erste Vereinbarung nach einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung Bestandteil des zweiten Vertrages sein sollte, bedurften die Vereinbarungen insgesamt gem. § 313 BGB der notariellen Beurkundung, die aber nicht eingehalten war. Der BGH hat in der betreffenden Entscheidung der Beklagten die Berufung auf die Formnichtigkeit der Vereinbarungen gem. § 242 BGB versagt und der Klage, die auf Erfüllung der Vereinbarung gerichtet war, stattgegeben, weil "nur dann eine gerechte Lösung" möglich sei, "wenn die Beklagte ihren tatsächlich (aufgrund des formnichtigen Vertrages) übernommenen Verpflichtungen nachkommt".¹⁾ In der weiteren Begründung hat der BGH²⁾ u.a. darauf abgestellt, daß der Kläger dadurch, daß er sein gesamtes Kapital für die Garagen verwertet habe, gehindert gewesen sei, eine andere Existenz aufzubauen. Außerdem habe er an der späteren Werterhöhung der Aktien nicht teilhaben können. Auf der anderen Seite habe er der Beklagten mit der Erstellung der Garagen ein wertvolles Objekt geschaffen, aus dem sie ihrerseits größere Einnahmen erziele. Ferner hat der BGH berücksichtigt, daß der Kläger bei Zuerkennung lediglich von Bereicherungsansprüchen keinen angemessenen Ersatz für die Vorteile erhalten würde, die er nach den Verträgen zu erwarten gehabt habe. Der Kläger hätte nämlich lediglich das eingebrachte Kapital, das er seinerzeit durch die Veräußerung der Aktien zu dem (damals ungünstigeren) Kurs erlangt hatte, kondizieren können.

Geht man von der Nichtigkeit der Vereinbarung aus, so hätte (möglicherweise) auch eine Umdeutung in Betracht kommen können: Denkbar wäre z.B. die Umdeutung der Verpflichtung zur Einräumung des Miteigentumsanteils in die Verpflichtung zur Bestellung eines Grundpfandrechts an dem Grundstück zu Gunsten des Klägers, durch das dessen schuldrechtliche Ansprüche

1) BGH WM 1962, 786, 787.

2) BGH a.a.O.

auf die Gewinnbeteiligung etc. dinglich hätten abgesichert werden können. Eine solche Vereinbarung hätte nicht der notariellen Beurkundung bedurft. Im Ergebnis hätte der Kläger aufgrund des so umgedeuteten Geschäfts seine Gewinnansprüche gegen die Beklagte behalten und diese dinglich abgesichert. Auf diese Weise wären die mit den nichtigen Verträgen beabsichtigten wirtschaftlichen Ziele der Parteien weitgehend erreicht worden. Auch im Wege der Umdeutung hätte somit dem Belangen des Klägers angemessen Rechnung getragen werden können. Eines Rückgriffs auf § 242 BGB hätte es somit nicht mehr bedurft, um eine "gerechte Lösung" zu erreichen.

Der dahinterstehende Gedanke läßt sich verallgemeinern: Die Umdeutung eines nichtigen Geschäfts ist nur zulässig, wenn die wirtschaftlichen Zielvorstellungen der Parteien ganz oder doch zum Teil durch das umgedeutete Geschäft erreicht werden.¹⁾ Darüber hinaus muß nach § 140 BGB die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Parteien das umgedeutete Geschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit geschlossen hätten.²⁾ Kann der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg durch die Umdeutung im wesentlichen erreicht werden, so ist das Ergebnis des Formverstößes aber in aller Regel nicht schlechthin untragbar. Für ein Absehen von der Nichtigkeitsfolge nach § 242 BGB besteht dann kein Bedürfnis mehr. Den Interessen der Parteien wird durch die Umdeutung des nichtigen Geschäfts in aller Regel ausreichend Rechnung getragen. Ist dies aber dennoch ausnahmsweise nicht der Fall, kann also das (formwidrige) Geschäft auch in umgedeuter Form schlechthin nicht hingenommen werden, so steht einer Anwendung des § 242 BGB nichts im Wege.

1) dazu u. S. 110ff.

2) dazu u. S. 219ff.

3. Die Feststellung des nichtigen Rechtsgeschäfts; Deutung und Umdeutung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen

a) Eindeutige und mehrdeutige Erklärungen

Sind die Parteierklärungen vollständig, klar und eindeutig, so bereitet die Beantwortung der Frage, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vorliegt, keine besonderen Schwierigkeiten. Ob eine Nichtigkeitsnorm durchgreift oder nicht, ergibt sich aus der rechtlichen Qualifikation der rechtsgeschäftlichen Erklärungen, der Prüfung, ob die Wirksamkeitsvoraussetzungen, die für den betreffenden Rechtsgeschäftstyp gelten, erfüllt sind und ob sonstige Nichtigkeitsnormen eingreifen. Sind sich die Parteien z.B. einig, daß die eine der anderen ein Grundstück zu übergeben und ihr das Eigentum daran zu verschaffen und die andere Partei dafür einen bestimmten Preis zu zahlen habe, so sind die Erklärungen als Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB zu qualifizieren. Da der Vertrag u.a. die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks enthält, bedarf er gem. § 313 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Ist die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht gewahrt, so ist der Vertrag gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn die Vertragserklärungen nicht eindeutig oder die Vertragsschließenden ihnen einen anderen Sinn beigemessen haben, als die Erklärungen objektiv zum Ausdruck bringen. In einem solchen Falle ist zunächst der rechtsgeschäftliche Inhalt der Erklärungen durch Auslegung gem. §§ 133, 157 und ggf. § 2084 BGB zu ermitteln. Nur wenn die Auslegung zu einem nichtigen Rechtsgeschäft führt, kann § 140 BGB eingreifen. Die Deutung, d.h. Auslegung, der Parteierklärungen geht ihrer Umdeutung vor.¹⁾

Erklärt z.B. der Dritte gegenüber dem Gläubiger, er wolle für die Schulden seines Freundes eintreten, so liegt nur dann ein gem. §§ 766 S. 1, 125 S. 1 BGB formnichtiger Bürgschaftsvertrag vor, wenn feststeht, daß die Parteien einen Bürgschaftsvertrag i.S.d. § 765 BGB schließen wollten. Nur in diesem Falle greift § 766 S. 1 BGB ein, wonach die schriftliche Erteilung

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 89.

der Bürgschaftserklärung erforderlich ist. Wollten die Parteien dagegen z.B. einen Schuldbeitritt vereinbaren, der formlos abgeschlossen werden kann¹⁾, so stehen der Wirksamkeit dieser Vereinbarung die §§ 766 S. 1, 125 BGB nicht entgegen. Das Geschäft ist gültig. Einer Umdeutung bedarf es nicht.

Dieses Stufenverhältnis von Deutung und Umdeutung der Parteierklärungen entspricht der ganz herrschenden Auffassung²⁾ und steht letztlich nicht im Widerspruch zu der Ansicht Krampes, der die Umdeutung begrifflich als Fall der Auslegung faßt. Zwar ist es nach dieser Ansicht³⁾ nicht "Voraussetzung für die Konversion, daß die Auslegung des Rechtsgeschäfts zur Nichtigkeit führt. Das Rechtsgeschäft", argumentiert Krampe weiter⁴⁾, "ist - das zeigt gerade die Konversion - nicht nichtig, sondern nur 'als solches' nichtig ... Die Nichtigkeit bezieht sich auf gerade den Geschäftstyp, an den die Parteien dachten. Die in § 140 BGB vorausgesetzte Nichtigkeit ist nur ein vorläufiges Zwischenergebnis der Auslegung, gleichsam nur eine gedankliche Durchgangsstufe bei der Qualifikation des Geschäfts". Auch Krampe unterscheidet demnach zwei gedankliche Schritte bei der Konversion: Zunächst erfolgt (als gedankliches Zwischenergebnis) die Feststellung des "als solchen" nichtigen Rechtsgeschäfts (Qualifikation); sodann erfolgt die Konversion, wodurch "an die Stelle der Qualifikation des Rechtsgeschäfts, an die die Parteien gedacht haben mögen, die rechtlich zutreffende (d.h. zum Erfolg führende) Qualifikation ihres rechtsgeschäftlichen Verhaltens" tritt. Diesen zweiten Schritt kennzeichnet Krampe als "Akt der Um-Qualifikation".⁵⁾

1) vgl. Palandt-Heinrichs vor § 414 Anm. 2 b m.w.N.; Münch Komm-Möschel vor § 414 Rdn. 18.

2) vgl. z.B. Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a cc; Erman-Brox § 140 Rdn. 5; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 3; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 2; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 89; Medicus, AT, Rdn. 517; vgl. v. Tuhr, AT, S. 287 und 288; Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 1222; Bürck, SchlHA 1973, 37, 39; Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer § 140 Anm. 2 b; Lange/Köhler, AT, S. 237; Serozan S. 42; kritisch Pawlowski, AT, Rdn. 505; Hager S. 116f, 155.

3) Krampe, Konversion, S. 284.

4) Krampe a.a.O.

5) Krampe a.a.O.

Bevor man also nach der Ansicht Krampes zur Um-Qualifikation (d.h. Umdeutung) der Parteierklärungen kommt, muß deren Qualifikation (d.h. Deutung) ein als solches nichtiges Rechtsgeschäft ergeben haben. Die begriffliche Erfassung der Konversion als Um-Qualifikation wirkt sich also im Ergebnis für das hier in Frage stehende Stufenverhältnis der sinnfeststellenden Auslegung der Parteierklärungen und deren Umdeutung nicht aus.

b) Falschbezeichnung (falsa demonstratio non nocet)

Bei der Feststellung des Inhalts der Vereinbarung sind alle anerkannten Auslegungsregeln auszuschöpfen. Hierzu gehört insbes. auch die Auslegung nach den Grundsätzen der falsa demonstratio non nocet, § 133 BGB.¹⁾ Haben die Parteien übereinstimmend etwas anderes gewollt, als nach dem Wortlaut ihrer Erklärungen zum Ausdruck gekommen ist, so gilt das Gewollte, nicht das dem objektiven Wortlaut nach Erklärte. Der wirkliche Wille geht dem Wortlaut und jeder anderweitigen Interpretation vor.²⁾ Ob § 140 BGB anzuwenden ist, hängt davon ab, ob das wirklich Gewollte als ein nichtiges Rechtsgeschäft anzusehen ist.

Schließen die Parteien z.B. einen Kaufvertrag über ein Kraftfahrzeug, bezeichnen sie dieses aber irrtümlich mit einer falschen, nicht existierenden Fahrgestellnummer, so ist der Vertrag nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet und gem. § 306 BGB nichtig. Der Vertrag kommt gem. § 133 BGB über das Fahrzeug zustande, das die Parteien übereinstimmend ins Auge gefaßt hatten. Der Vertrag ist wirksam. Für eine Umdeutung

1) allg. Meinung, vgl. z.B. Erman-Brox § 140 Rdn. 5; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 4; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 2; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a cc; Siller, AcP 138, 144, 146; Oertmann § 140 Anm. 1; Serozan S. 42.

2) st. Rspr., vgl. BGH JW 1984, 721 = JR 1984, 193f m. Anm. v. Schubert; BGHZ 86, 41, 45f; BGHZ 71, 75, 77f; BGH NJW 1982, 31; BGH NJW 1981, 2745, 2746; BGH DB 1975, 1117, 1118; BGHZ 20, 109, 110; RGZ 99, 147, 148; RGZ 66, 427, 429; ebenso Flume, AT II, § 16 I d, S. 299ff; Larenz, AT, § 19 II, S. 325ff; Palandt-Heinrichs § 133 Anm. 4 b; M. Reinicke, JA 1980, 455, 458; Soergel-Hefermehl § 133 Rdn. 15; Enneccerus/Nipperdey § 156 IV, S. 1032.

ist kein Raum. Auch der umgekehrte Fall, daß nämlich die Auslegung nach § 133 BGB zur Nichtigkeit des Vereinbarten führt, ist denkbar: Verkauft jemand in mündlicher oder privatschriftlicher Form seinen "Wald", so ist der Vertrag nicht zu beanstanden, wenn die Parteien entsprechend dem Wortlaut nur die (zu fällenden) Bäume gemeint haben. Wollten sie dagegen das Waldgrundstück veräußern, so ist der Vertrag gem. §§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB formnichtig.

Die Grundsätze der *falsa demonstratio non nocet* gelten auch für formbedürftige Geschäfte. Die Form des übereinstimmend gewollten Geschäfts kann durch die falsche Bezeichnung gewahrt sein. Dies gilt sowohl für (formbedürftige) Geschäfte unter Lebenden als auch für Verfügungen von Todes wegen. Wird z.B. in einem notariellen Grundstückskaufvertrag die veräußerte Parzelle a irrtümlich als b bezeichnet, so kommt der Vertrag entsprechend dem übereinstimmenden Willen über die Parzelle a zustande. Daß die veräußerte Parzelle a nicht in der Vertragsurkunde aufgeführt ist, macht den Vertrag nicht gem. §§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB formnichtig. Setzt der Erblasser die "Mutter" zur Erbin ein, meint er damit aber nicht seine leibliche Mutter, sondern seine Ehefrau, die er so zu nennen pflegt, so wird diese Erbin. Die unrichtige Bezeichnung der Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung beeinträchtigt die Gültigkeit einer Verfügung nicht.¹⁾ Die Form des betreffenden Rechtsgeschäfts wird durch die Aufnahme der Falschbezeichnung in die betreffende Urkunde gewahrt, wenn das objektiv Erklärte der Form genügt.²⁾ Für

1) Die solautende, in dem 1. Entwurf aufgenommene Bestimmung wurde von der 2. Kommission als "selbstverständlich" gestrichen, da sich die Regelung bereits aus der später als § 133 BGB Gesetz gewordenen Regelung ergebe; vgl. Protokolle V 49, dazu Flume, NJW 1983, 2007, 2008.

2) BGH NJW 1983, 1610, 1611 = DNotZ 1983, 618; m. Anm. v. Köbl in DNotZ 1983, 598 = JZ 1983, 759 m. Anm. v. H. Wieling und Ludwig; st. Rspr., vgl. z.B. RGZ 133, 279, 281; 109, 334, 336; 73, 145, 157; 66, 21, 23; BGHZ 74, 116, 119 m.w.N.; BGH LM Nr. 19 zu § 125 BGB; WM 1967, 701, 702 m.w.N.; WM 1973, 869, 870; WM 1971, 1084, 1085; WM 1981, 491, 492; ebenso die h. Lehre, vgl. insbes. Flume, AT II, S. 306f; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 26; Palandt-Heinrichs § 313 Anm. 8 e und § 133 Anm. 5 c; Bernard S. 1f, 30; M. Reinicke, JA 1980, 455, 459ff; a.A. wegen Widerspruchs zur Andeutungstheorie J. Wieling, AcP 172, 307ff, 310f; ebenso H. Wieling,

eine Umdeutung ist dann kein Raum. Es fehlt an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB.

c) Falsche rechtliche Qualifikation des Geschäfts

Auf die Wirksamkeit des Geschäfts hat es keinen Einfluß, ob und ggf. wie die Parteien ihre Vereinbarungen juristisch bezeichnen. Für die rechtliche Qualifikation des Geschäfts, d.h. für dessen rechtliche Zuordnung zu einem bestimmten gesetzlichen Geschäftstyp, ist allein der Inhalt der Regelung entscheidend, die die Parteien durch das Geschäft in Geltung setzen wollten.¹⁾

Einigen sich die Parteien z.B. über die Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Entgelt, so kommt ein Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB zustande, auch wenn die Parteien ihre Vereinbarungen als "Leihe", die nach § 598 BGB unentgeltlich ist, bezeichnet haben. Das Geschäft ist nicht etwa wegen dieser falschen rechtlichen Bezeichnung nichtig. Es bringt vielmehr die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen, nämlich die Verpflichtung zur Überlassung des Gebrauchs an der Sache und zur Zahlung des Entgelts, so, wie die Parteien es gewollt haben, uneingeschränkt hervor. Einer Umdeutung bedarf es nicht.²⁾

Jura 1979, 524, 526ff; einen Widerspruch zur Andeutungstheorie sehen auch Lüderitz, Auslegung, S. 186ff, 189f und Häsemeyer S. 140ff; gegen J. Wieling: Flume, AT II, S. 307 Fn. 32; ders., NJW 1983, 2007, 2009; und BGH NJW 1983, 1610f.

1) vgl. Flume, AT II, S. 53; v. Tuhr, AT II 1, S. 288.

2) v. Tuhr, AT II, S. 288; Siller, AcP 138, 144, 146 gegen RG JW 1915, 656, wo die Parteien ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB unzutreffend als "Leihe" bezeichnet hatten; der Hinweis des RG auf § 140 BGB war deshalb überflüssig; ebenso Manigh, Arch.f.R.u.W.Phil. VIII 529, 530; mißverständlich Krampe, Konversion, S. 284f, der die Ansicht vertritt, durch Konversion trete an die Stelle der Qualifikation, an die die Parteien "gedacht haben mögen", die "zutreffende" (gemeint ist wohl die zum Erfolg führende) Qualifikation des Rechtsgeschäfts, dazu noch u.S. 133ff.

Anders kann es dagegen liegen, wenn die Beteiligten nicht die beabsichtigte Regelung rechtlich lediglich falsch eingeordnet haben, sondern sich eines bestimmten Rechtsgeschäftstyps bedienen wollten, um ihre Rechtsbeziehung zu gestalten, die Rechtsordnung diesen Rechtsgeschäftstyp aber nicht kennt oder dessen gesetzlichen Erfordernisse nicht gewahrt sind. In einem solchen Falle kann ein rechtlich unzulässiges oder unmögliches und damit gem. § 306 BGB nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vorliegen. Hier ist das Problem der sog. Typenverfehlung¹⁾ im Gesellschaftsrecht anzusiedeln: Wenn die Parteien bei der Errichtung einer Gesellschaft keinen Wert auf die rechtliche Qualifikation ihrer Vereinbarungen als bestimmten Gesellschaftstyp gelegt haben, und die nach der Rechtsordnung zutreffende Gesellschaftsform verfehlt haben, indem sie ihre Vereinbarungen lediglich falsch qualifiziert haben, so kann die Vereinbarung in zutreffender Qualifikation Bestand haben, ohne daß es einer Umdeutung gem. § 140 BGB bedarf.²⁾ Wollten die Parteien dagegen bewußt z.B. eine OHG errichten, wollten sie also ihre gesellschaftsvertraglichen Beziehungen dem Recht der OHG unterstellen, ist aber z.B. der Zweck der Gesellschaft nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 105 Abs. 1 HGB gerichtet, so ist der Vertrag, so wie ihn die Parteien gewollt haben, rechtlich unmöglich i.S.d. § 306 BGB³⁾, oder, wie Battes vertritt⁴⁾, wegen Verstoßes gegen § 105 HGB gem. § 134 BGB nichtig. Denn der Zusammenschluß zu einer Gesellschaft stellt ebenso wie die Wahl der Rechtsform einen privatautonomen, rechtsgeschäftlichen Akt dar.⁵⁾ Wenn die Parteien bewußt eine OHG er-

1) Flume, AT I 1, S. 196ff; Wiedemann, FS H. Westermann, S. 585, 596ff.

2) so die h.M., vgl. Flume, AT I 1, S. 196, 197; H. Westermann, Personalgesellschaftsrecht, Rdn. 51; K. Schmidt, Stellung der OHG, S. 158ff; ders., DB 1973, 653; Baumbach/Duden/Hopt Einl. v. § 105 Anm. 4 B a und § 105 Anm. 3 B; Hueck, OHG, § 1 II, S. 14f; HGB-Großkommentar-Fischer § 105 Anm. 14; ebenso BGHZ 10, 91, 96, 97; BGHZ 22, 244; OGH NJW 1949, 382.

3) vgl. BGHZ 19, 269ff.

4) Battes, AcP 174, 429, 434, 435; gegen Battes aber Flume, AT I 1, § 13 III, S. 197; die Frage kann hier offen bleiben.

5) Lieb, Ehegattenmitarbeit, S. 18ff, 26f und 32f; Battes, AcP 174, 429, 433.

richten wollen, es jedoch an einem Grundhandelsgewerbe i.S.d. § 105 Abs. 1 HGB fehlt, so haben die Parteien das Geschäft nicht bloß rechtlich unrichtig qualifiziert. Der beabsichtigte rechtsgeschäftliche Akt, nämlich die Errichtung einer OHG, ist vielmehr fehlgeschlagen, weil das Geschäft den gesetzlichen Erfordernissen der OHG nicht genügt.

Die Frage, ob die in der beabsichtigten Form fehlgeschlagene und damit nichtige Vereinbarung als Vertrag zur Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts Bestand haben kann, richtet sich dann sinnvollerweise nach § 140 BGB¹⁾ und ist damit u.a. davon abhängig, ob anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Auf diese Weise wird gewährleistet, daß dem auf die Errichtung der Gesellschaft als OHG gerichteten Willen der Parteien ausreichend Rechnung getragen wird. Dagegen ist es nicht sachgerecht, in dem o.a. Beispielsfall auch entgegen dem Willen der Beteiligten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstehen zu lassen, wenn die Vertragsparteien diese Gesellschaftsform nicht wollten und auch bei Kenntnis der Unmöglichkeit der Errichtung einer OHG lieber ganz von einer Gesellschaft Abstand genommen hätten. Es besteht kein Grund, den Gesellschaften eine bestimmte Gesellschaftsform gegen ihren Willen aufzuzwingen. Der BGH²⁾ hat deshalb zu Recht § 140 BGB zur Beurteilung herangezogen.

1) so insbes. BGHZ 19, 269ff, 273; a.A. für den umgekehrten Fall (geplante BGB-Gesellschaft als OHG): BGHZ 10, 91, 96f; ebenso aber Larenz, AT, § 23 III, S. 458; Battes, AcP 174, 429, 435ff; dem BGH zustimmend ebenso Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 98, 99; ders., FS H. Westermann, S. 585, 596ff, 599ff; ähnlich Lieb, Ehegattenmitarbeit, S. 24f, 27 Fn. 108 und S. 34ff; Diederichsen, AT, Rdn. 408; a.A. Pawlowski, AT, Rdn. 506, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "automatisch" ohne Berücksichtigung des hypothetischen Willens entstehen lassen will; ebenso die h.M.; vgl. auch Flume, AT I 1, S. 196ff, 200, läßt den OHG-Vertrag nicht an § 306 BGB scheitern, sondern gewährt lediglich ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund; gegen Lieb insbes. K. Schmidt, Stellung der OHG, S. 158ff und ders., DB 1973, 653, Fn. 6, 7; Krampe, Konversion, S. 225, will nur Irrtumsanfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB zulassen.

2) BGHZ 19, 269ff.

Besonderheiten können sich ergeben, wenn die Gesellschaft vollzogen ist, die Gesellschafter ihre Einlagen erbracht haben und die Gesellschaft im Rechtsverkehr bereits tätig geworden ist. Sieht man in diesem Falle den Gesellschaftsvertrag in dem o.a. Beispielsfall wegen rechtlicher Unmöglichkeit als nichtig an, so ist zunächst zu prüfen, ob eine Umdeutung des OHG-Vertrages in Betracht kommt. Ist das nicht der Fall, so ist die Gesellschaft endgültig nichtig, und es greifen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ein:¹⁾ Das Gesellschaftsverhältnis ist für die Vergangenheit im wesentlichen als wirksam zu behandeln, während für die Zukunft ein Auflösungs- bzw. Kündigungsrecht besteht.²⁾

Ein ähnliches Problem kann sich ergeben, wenn zwar zunächst die beabsichtigte Gesellschaft, also z.B. eine OHG, wirksam entstanden ist, jedoch später das Handelsgewerbe eingestellt wird oder auf einen minderkaufmännisch betriebenen Umfang absinkt (vgl. § 4 Abs. 2 HGB). § 140 BGB greift in den Fällen nicht ein, weil die Gesellschaft (zunächst) wirksam entstanden ist, und es soweit an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt. Sofern die Veränderung der Gesellschaftsform dem Willen oder Interessen der Beteiligten widerspricht, sollte man auch in diesen Fällen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung bringen.³⁾

-
- 1) Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vgl. Baumbach/Duden/Hopt § 105 Anm. 8 m. umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung und Rechtslehre; HGB-Großkommentar-Fischer § 105 Anm. 77ff.
 - 2) Battes, AcP 174, 429, 461ff; zu den Rechtsfolgen der fehlerhaften Gesellschaft allgemein vgl. insbes. HGB-Großkommentar § 105 Anm. 87ff; Baumbach/Duden/Hopt § 105 Anm. 8f und ff. m.w.N.; Flume, AT I 1, S. 196ff, 198 will auch in diesem Fall zur Verhinderung einer Rechtsformautomatik ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zulassen; zustimmend für die vollzogene Gesellschaft Krampe, Konversion, S. 225.
 - 3) so insbes. Battes, AcP 174, 429, 457ff, 461ff; ähnlich Flume, AT I 1, S. 198, der ggf. ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zuläßt.

d) Ergänzende Auslegung

Fraglich ist, in welchem Verhältnis die ergänzende Auslegung gem. § 157 BGB zur Umdeutung steht. Nach einer in der Rechtslehre¹⁾ vertretenen Ansicht geht auch die ergänzende Vertragsauslegung einer Umdeutung vor. Diese Einordnung hätte aber nur Sinn, wenn es zwischen § 140 BGB und der ergänzenden Auslegung gem. § 157 BGB zu einer echten Konkurrenz kommen könnte. Fälle, in denen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Nichtigkeit des Geschäfts abgewendet werden könnte, und auf diese Weise die Umdeutung des Geschäfts hinfällig würde, sind jedoch kaum denkbar. Denn die ergänzende Auslegung hat die Aufgabe, eine regelungsbedürftige Lücke in einem Vertrag aus dem Sinnzusammenhang des Geschäfts zu füllen²⁾, um auf diese Weise eine dem Vertragszweck entsprechende Durchführung der getroffenen Vereinbarung zu gewährleisten.³⁾ Die ergänzende Auslegung setzt deshalb ihrerseits in jedem Falle ein gültiges Rechtsgeschäft voraus.⁴⁾ Ist das lückenhafte Geschäft nichtig, so kann die Nichtigkeit nicht im Wege der Vertragsergänzung behoben werden. Die ergänzende Auslegung und die Umdeutung stehen deshalb nicht in einem Stufenverhältnis, sondern nebeneinander: Beide Institute greifen ein, wenn die Regelung, so wie sie die Parteien vorgenommen haben, bereits festgestellt ist⁵⁾, wobei die ergänzende Auslegung eine Lücke in dem Vertrag, d.h. eine fehlende Regelung, und die Umdeutung eine vorhandene, aber nichtige Regelung voraussetzt.⁶⁾

1) vgl. z.B. Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1 (S. 741).

2) Larenz, NJW 1963, 737, 739, 740; ders., Methodenlehre, S. 287f; Henckel, AcP 159, 106, 108, der aber nicht § 157 BGB, sondern § 242 BGB als Grundlage der Vertragsergänzung ansieht, vgl. a.a.O., S. 121; vgl. auch Flume, AT II, S. 321ff, 323; ebenso Sonnenberger, S. 115ff, 123 bzgl. des Verhältnisses von §§ 157 und 242 BGB; Mayer-Maly, FS Flume I, S. 621, 624f.

3) Soergel-Knopp § 157 Rdn. 118.

4) Erman-Hefermehl § 157 Rdn. 80; Soergel-Knopp § 157 Rdn. 107; Palandt-Heinrichs § 157 Anm. 2 a.

5) für die ergänzende Auslegung vgl. insbes. Flume, AT II, S. 323; Henckel, AcP 159, 106, 116f.

6) ähnlich Erman-Brox § 140 Rdn. 7; Serozan S. 43.

e) Die Aufrechterhaltung übermäßiger Verträge; Standpunkt
der Erörterung

In der Rechtsprechung werden in einigen Entscheidungen übermäßig anstößige Verträge, insbes. Bierlieferungsverträge und letztwillige Zuwendungen an die Geliebte, die so, wie sie die Parteien vorgenommen haben, wegen ihres Übermaßes gem. § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sind, mit zulässigem Inhalt aufrechterhalten, ohne die Umdeutung heranzuziehen.¹⁾ Zumeist wird dieses Ergebnis durch eine einschränkende Auslegung der Nichtigkeitsnorm oder durch eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB erreicht. Im Ergebnis fehlt es an einem nichtigen Rechtsgeschäft gem. § 140 BGB. Da es in diesen Fällen aber nicht mehr um die Feststellung der von den Parteien beabsichtigten Regelung, wie diese sie gewollt haben, sondern um die Abwendung der an sich gegebenen Nichtigkeitsfolge geht, ist auch diese Aufrechterhaltung der Umdeutung nicht prinzipiell vorgeklagt, sondern steht in ihrer Funktion eher neben § 140 BGB. Die damit zusammenhängenden Fragen sind deshalb an späterer Stelle zu erörtern.²⁾

1) vgl. Nachweise u. S. 207 Fn. 2 und 3, S. 208 Fn. 1.

2) vgl. u. S. 205ff und S. 286ff.

Ergebnis zu I.: Das nichtige Rechtsgeschäft

1. Alle (nichtigen) Rechtsgeschäfte können für eine Umdeutung in Frage kommen. Dies gilt für Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen, für schuldrechtliche Verträge und Verfügungen, einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte, für vermögensrechtliche und familienrechtliche Geschäfte und insbes. auch für wechsel- und scheckrechtliche Erklärungen.

Dagegen ist die Anwendung des § 140 BGB auf geschäftsähnliche Rechtshandlungen (Mitteilungen, Aufforderungen, Mahnungen, Fristsetzung) nicht sinnvoll.

Ein (nichtiges) Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB liegt nur vor, wenn die Parteien rechtserheblich handeln wollten und die Erklärungen als rechtsgeschäftlicher Tatbestand aufgefaßt werden können. Hieran fehlt es bei den reinen Gefälligkeiten und Geschäften auf gesellschaftlicher Ebene sowie bei den Nicht-Rechtsgeschäften.

An einem (nichtigen) Rechtsgeschäft fehlt es weiterhin, wenn ein Vertrag wegen fehlender oder unvollständiger Einigung nicht zustande gekommen ist. Dies ist der Fall, wenn sich Angebot und Annahme vollständig nicht decken sowie bei offenem oder verstecktem Dissens gem. §§ 154, 155 BGB.

Vertragsverhandlungen haben (noch) nicht rechtsgeschäftlichen Charakter. Führen sie nicht zu dem Abschluß des angestrebten Vertrages, so können sich an die gescheiterten Verhandlungen auch keine rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen knüpfen. Eine Umdeutung scheidet aus, weil es an einem (nichtigen) Rechtsgeschäft fehlt. Vorverträge sind demgegenüber vollwertige Rechtsgeschäfte, auf die im Falle ihrer Nichtigkeit § 140 BGB Anwendung finden kann.

Solange Blankettgeschäfte nicht vervollständigt sind, fehlt es ihnen an der Rechtsgeschäftsqualität. Eine Umdeutung ist nicht möglich. Dies gilt insbes. auch für Blankowechsel und Blankoschecks. Abzugrenzen sind die Blankettgeschäfte, die bewußt unvollständig gelassen werden, von den nur versehentlich un-

vollständig gebliebenen Geschäften. Ist das letztere formfrei möglich, so ist das Geschäft aufgrund der vollständigen Einigung wirksam zustande gekommen. Ist es formbedürftig, so liegt ein gem. § 125 BGB formnichtiges Rechtsgeschäft vor. Wird bei einer Abtretungsurkunde der Name des Zessionars bewußt offen gelassen (Blankozession), so kann ein (echtes) Blankettgeschäft, aber auch eine bereits vollständige Abtretung gewollt sein. Im ersten Fall ist die Umdeutung mangels (nichtigen) Rechtsgeschäfts ausgeschlossen. Im zweiten Fall liegt ein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor, wenn die Abtretung formbedürftig war.

2. Das Rechtsgeschäft ist nichtig i.S.d. § 140 BGB, wenn es die mit seiner Vornahme beabsichtigten rechtlichen Wirkungen nicht erreicht, wenn also die rechtsgeschäftliche Regelung, wie sie nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts gelten sollte, nicht gilt.

§ 140 BGB kann dem Grundsatz nach auf alle Geschäfte Anwendung finden, die das Gesetz ausdrücklich als "nichtig" bezeichnet. Für den Begriff des nichtigen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB ist daher die systematische Stellung der betreffenden Nichtigkeitsnorm oder der Grund, aus dem das Gesetz die Nichtigkeit anordnet, gleichgültig. Ausnahmen gelten für den geheimen Vorbehalt (§ 116 BGB), das Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) und die Scherzerklärung (§ 118 BGB). Da in diesen Fällen die Parteien gerade nicht wollen, daß ihre Erklärungen rechtliche Bindungen erzeugen, ist eine Umdeutung von vornherein sinnlos.

Unwirksame Geschäfte stehen nichtigen gleich, wenn die Unwirksamkeit endgültig feststeht. Dies gilt in den Fällen, in denen bereits im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts die Unwirksamkeit endgültig feststeht, aber auch bei schwebender Unwirksamkeit, wenn das Geschäft nicht mehr wirksam werden kann. So liegt es insbes. bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften, Verfügungen von Nichtberechtigten und darüber hinaus bei Geschäften, denen es an einer noch nachholbaren gesetzlichen Voraussetzung fehlt. Entgegen der herrschenden Meinung ist § 140 BGB auch schon während des Schwebezustandes anwendbar.

Nichtige, aber heilbare Geschäfte sind uneingeschränkt umdeutungsfähig. Dies gilt auch dann, wenn noch nicht feststeht, ob die heilende Handlung nachgeholt werden wird.

Umdeutbar sind auch Geschäfte, die das Gesetz zwar nicht ausdrücklich als nichtig oder unwirksam bezeichnet, deren Gültigkeit jedoch aus sonstigen Gründen scheitert, z.B. weil die Rechtsordnung den gewählten Rechtsgeschäftstyp nicht kennt oder die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen insbes. einseitige Gestaltungsgeschäfte ihre Wirkungen entfalten, nicht vorliegen oder das Geschäft ins Leere geht, weil es an einer außertatbestandlichen, sonstigen Voraussetzung für das Geschäft fehlt.

Dagegen stehen einredebehaftete Geschäfte nichtigen Rechtsgeschäften i.S.d. § 140 BGB nicht gleich. Dies gilt insbes. auch für präjudizierte und verjährte Wechsel und Schecks.

An der Nichtigkeit des § 140 BGB fehlt es weiterhin, wenn die Durchführung des Geschäfts nachträglich unmöglich geworden ist, es jedoch im Zeitpunkt seiner Vornahme nicht zu beanstanden war.

Ist ein Geschäft lediglich unzweckmäßig, rechtlich jedoch nicht zu beanstanden, so liegt kein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vor. Auch nicht bewiesene Geschäfte stehen nichtigen Rechtsgeschäften i.S.d. § 140 BGB nicht gleich.

Anfechtbare Geschäfte können nicht umgedeutet werden, auch wenn sie wirksam angefochten worden sind.

An einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt es, wenn das Gesetz selbst anordnet, was an Stelle des fehlerhaften gelten soll. Die Umdeutung eines nichtigen Geschäfts geht jedoch der Frage vor, ob ausnahmsweise von der Nichtigkeitsfolge gem. § 242 BGB abgesehen werden kann.

3. Die Feststellung, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, ist anhand der Parteierklärungen zu treffen. Sind die Erklärungen nicht eindeutig oder haben die Parteien ihnen einen anderen Sinn beigemessen, als sie ihrem objektiven Wortsinn nach zum Ausdruck bringen, so ist ihr rechtsgeschäftlicher Sinn

durch Auslegung festzustellen. Eine Umdeutung kommt nur in Frage, wenn die Auslegung ein Rechtsgeschäft, das nichtig ist, zum Ergebnis hat. Die Deutung (d.h. Auslegung) der Parteierklärungen geht ihrer Umdeutung vor.

Bei der Feststellung des rechtsgeschäftlichen Inhalts der Parteierklärungen sind alle anerkannten Auslegungsregeln anzuwenden. Dies gilt insbes. auch für Grundsätze der *falsa demonstratio non nocet* gem. § 133 BGB.

Dagegen ist die Auslegung, soweit sie über die rein sinnsfeststellende hinausgeht, also insbes. die ergänzende Auslegung gem. § 157 BGB, der Umdeutung nicht prinzipiell vorgelagert, sondern steht neben dieser.

II. Das andere Rechtsgeschäft; objektive Umdeutungsvoraussetzungen

Nach § 140 BGB setzt die Umdeutung voraus, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht. Die Parteierklärungen, die, so wie sie von den Parteien gewollt sind, als nichtiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren sind, müssen also die gesetzlichen Voraussetzungen eines anderen, wirksamen Rechtsgeschäfts erfüllen. Hierbei sind die formalen und die inhaltlichen Erfordernisse zu unterscheiden.

1. Formale Erfordernisse des anderen Geschäfts

Durch die Umdeutung soll der aufgrund der Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts fehlgeschlagene Wille der Parteien im Einklang mit der Rechtsordnung, d.h., soweit diese es zuläßt, verwirklicht werden. Das andere Geschäft, das gem. § 140 BGB an Stelle des nichtigen gelten soll, muß wirksam sein. Die Konversion in ein (ebenfalls) unwirksames Geschäft wäre ohne Sinn, weil auf diese Weise der Wille der Parteien nicht verwirklicht werden könnte. Mit der Vornahme des nichtigen Geschäfts müssen deshalb die formalen Voraussetzungen des Ersatzgeschäfts erfüllt sein.¹⁾

Zu den formalen Voraussetzungen des Ersatzgeschäfts zählen zunächst die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie z.B. Geschäftsfähigkeit, Zugang der ggf. empfangsbedürftigen Willenserklärung gem. § 130 BGB und weiterhin die besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie z.B. die Formerfordernisse. Welche Voraussetzungen das nichtige Rechtsgeschäft im einzelnen erfüllen muß, hängt von dem Rechtsgeschäft ab, in das das nichtige umzudeuten ist. Sind dessen Voraussetzungen nicht gewahrt, so kann das nichtige Geschäft auch nicht in der Form des Ersatz-

1) allgemeine Meinung, vgl. z.B. Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 4; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 14; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a dd; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 4; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 92ff, insbes. zu Formerfordernissen; Medicus, AT, Rdn. 519.

geschäfts Wirksamkeit erlangen. Fehlende Voraussetzungen können nicht im Wege der Umdeutung ersetzt oder einfach außer Acht gelassen werden.¹⁾ § 140 BGB "setzt vielmehr voraus", hat der BGH zu Recht ausgeführt, "daß bei einer Umdeutung ... der Wille der Parteien in rechtlich zulässiger Weise verwirklicht worden wäre ...".

a) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Ist das Rechtsgeschäft nichtig, weil es an einer gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, so ist die Umdeutung nur in ein solches Rechtsgeschäft möglich, das dieser (fehlenden) Voraussetzung nicht bedarf.

So kann das Geschäft eines Geschäftsunfähigen, das gem. § 105 BGB nichtig ist, auch nicht im Wege der Umdeutung als ein anderes Rechtsgeschäft aufrechterhalten werden, weil der Geschäftsunfähige überhaupt keine rechtsgeschäftliche Regelung treffen kann.³⁾ Dagegen ist die Umdeutung eines Erbvertrages, den ein Minderjähriger geschlossen hat und der deshalb gem. § 2275 BGB, der unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verlangt, unwirksam ist, in ein Einzeltestament möglich, wenn der Minderjährige das 16. Lebensjahr vollendet hatte und damit gem. § 2229 Abs. 1 und Abs. 2 BGB wenigstens testamentsfähig war.⁴⁾

Beruhet die Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts darauf, daß es an einer gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung wie der Verpfändungsanzeige gem. §§ 1280, 1205 Abs. 2 BGB oder der Zustimmung des Berechtigten i.S.d. § 185 BGB oder der Eltern gem. § 108 BGB fehlt, so kommt die Umdeutung nur in ein Geschäft in Frage, das der betreffenden Wirksamkeitsvoraussetzung nicht be-

1) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 4; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a dd.

2) BGH NJW 1971, 428, 429; ähnlich RG JW 1938, 44f.

3) Flume, AT II, S. 592; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 26.

4) Flume, AT II, S. 592.

darf. So kann z.B. die mangels Anzeige unwirksame Verpfändung als schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht an den übergebenen Urkunden aufrechterhalten werden, weil für diese Vereinbarung eine Anzeige nicht erforderlich ist.

Formnichtige Geschäfte können in formfrei mögliche umgedeutet werden¹⁾, nicht aber kann gem. § 140 BGB ein formwidriges Geschäft als ein anderes aufrechterhalten werden, das ebenfalls der (nicht eingehaltenen) Form bedarf.²⁾ So kann z.B. ein privatschriftlich abgefaßter Kaufvertrag über das gegenwärtige Vermögen des Verkäufers, der gem. § 311 BGB notariell zu beurkunden ist, als Kaufvertrag über die Einzelgegenstände aufrechterhalten werden.³⁾ Denn dieser ist, wie das RG⁴⁾ ausgeführt hat, "einer Formvorschrift nicht unterworfen". Ebenso kann ein formwidriger Hofübergabevertrag als formlos mögliche Vereinbarung eines Nießbrauchs⁵⁾, ein formwidriges Mitgiftversprechen bezüglich eines Grundstücks als formfrei mögliche Zusage eines lebenslangen Nießbrauchs⁶⁾, die formwidrige Zusage von Wohnungseigentum i.S.v. § 1 Abs. 2 WEG als formlos mögliche Zusage eines Dauerwohnrechts i.S.d. § 31 Abs. 1 WEG⁷⁾ aufrechterhalten werden.

Eine Umdeutung ist auch zulässig, wenn das Ersatzgeschäft zwar nicht formfrei möglich ist, das nichtige Geschäft aber jedenfalls die Form wahrt, die für das andere Geschäft vorgeschrieben ist.⁸⁾ So kann ein mangels notarieller Beurkundung gem. §§ 518 Abs. 1, 125 S. 1 BGB formnichtiges Schenkungsversprechen als Testament aufrechterhalten werden, wenn es in der dafür gem. § 2247 Abs. 1 BGB aufgestellten Form abgefaßt ist,

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 92; zur Umdeutung eines formwidrigen Prozeßvergleichs in einen rein materiellrechtlichen Vergleich vgl. Reinicke, NJW 1970, 306, 308 m.w.N.

2) vgl. RGZ 73, 205, 210.

3) RGZ 76, 1, 3; bestätigend RGZ 82, 273, 277.

4) RGZ 76, 1, 3.

5) RG JW 1937, 3153.

6) RGZ 110, 391.

7) BGH NJW 1963, 339 = WM 1963, 140.

8) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 92.

nämlich eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist.¹⁾ Ein in notarieller Form geschlossener Vertrag eines Ehegatten über sein ganzes Vermögen, dem es an der erforderlichen Zustimmung des anderen Ehegatten gem. § 1365 BGB fehlt, ist als Erbvertrag, der gem. § 2276 BGB ebenfalls der notariellen Beurkundung bedarf, aufrechterhalten worden.²⁾

Eine fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum, die auf § 554 a BGB wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten gestützt ist, kann bei mangelndem Verschulden ggf. in eine ordentliche Kündigung gem. § 564 b Abs. 1 BGB umgedeutet werden, wenn die Formerfordernisse nach dieser Vorschrift gewahrt sind, also insbes. gem. § 546 b Abs. 3 BGB die Gründe für das berechnigte Interesse des Vermieters an der Kündigung in dem Kündigungsschreiben angegeben sind.³⁾

Eine Umdeutung kann auch möglich sein, wenn das nichtige Geschäft in einer Form abgeschlossen ist, die die für das Ersatzgeschäft erforderliche Form ersetzt. So kann ein fehlerhaft beurkundeter oder aber ein formgerechter, aber aus einem sonstigen Grunde unwirksamer Erbvertrag in eine Einzelverfügung⁴⁾ oder, wenn er zweiseitig und von Ehegatten geschlossen worden ist, in ein gemeinschaftliches Testament⁵⁾ umgedeutet werden. Die notarielle Beurkundung ersetzt die Form der Einzelverfügung gem. § 2247 BGB bzw. des gemeinschaftlichen Testaments gem. § 2267 BGB.

Das OLG Oldenburg⁶⁾ hat die Umdeutung einer Anfechtungserklärung eines Versicherungsvertrages in einen Rücktritt gem. §§ 16ff VVG mit der Begründung abgelehnt, an "den Inhalt einer Rücktrittserklärung nach § 20 Abs. 2 S. 1 VVG werden sehr er-

1) RG JW 1910, 467; RG Recht 1912, Nr. 1884; OLG Koblenz NJW 1947/48, 384; KG Recht 1929, Nr. 1466.

2) BGHZ 40, 218.

3) LG Mannheim NJW 1976, 1407; vgl. Schmidt-Fütterer/Blank WRSchG Rdn. B 40 m.w.N.

4) Lange/Kuchinke § 33 IV 1 b, S. 489.

5) Lange/Kuchinke § 23 III 1, S. 297, Fn. 22; Palandt-Keidel § 2276 Anm. 2 d.

6) OLG Oldenburg VersR 1979, 269 m. Anm. von Martin.

hebliche Anforderungen gestellt. Eine Anfechtung ... genügt als Rücktrittserklärung nicht".¹⁾ Gegen diese Begründung hat sich Martin²⁾ gewandt. Er ist der Ansicht, es genüge bei der Rücktrittserklärung gem. § 20 Abs. 2 S. 1 VVG, wenn deren Rechtsfolgen "bis zu einem gewissen Genauigkeitsgrad umschrieben" seien. Das Wort "Rücktritt" müsse nicht gebraucht werden. Deshalb genüge die Erklärung der Anfechtung, deren Rechtsfolgen sogar über den Rücktritt hinausgingen, den Anforderungen einer Rücktrittserklärung i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 VVG.³⁾ Diese Begründung überzeugt. § 20 Abs. 2 S. 1 VVG, wonach der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem Versicherungsnehmer erfolgt, verlangt nicht, daß der Versicherer das Wort Rücktritt als solches benutzt. § 20 Abs. 2 S. 1 VVG stellt ein solches Formerfordernis nicht auf. Die Anfechtungserklärung entspricht deshalb den formellen Erfordernissen einer Rücktrittserklärung.

Eine Umdeutung scheidet dagegen aus, wenn die Form des Ersatzgeschäfts nicht gewahrt ist. So hatte in einem Fall, den das BayObLG⁴⁾ zu entscheiden hatte, der Ehemann einen Testamentstext handschriftlich abgefaßt, in dem er sich selbst zum Erben einsetzte, ohne diesen jedoch zu unterzeichnen. Die Ehefrau schrieb - ebenfalls in handschriftlicher Form - unter den Text "dies ist auch mein Testament und Wille" und unterzeichnete ihre Beitrittserklärung. Das Gericht sah die Erklärung des Ehemannes mangels Unterschrift gem. §§ 2267, 2247 Abs. 1, 125 S. 1 BGB als nichtig an. Zur Erklärung der Ehefrau hat es ausgeführt⁵⁾: "Ihrer eigenhändigen Erklärung für sich allein kann ... nicht entnommen werden, wie die Erblasserin ... verfügen wollte. (Sie) nimmt vielmehr auf den von ihrem Ehemann niedergeschriebenen letzten Willen Bezug. Damit liegt keine von der Erblasserin eigenhändig geschriebene Erklärung ihres letzten Willens vor."

1) im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf VersR 1961, 1014; Bruck/Möller I § 20 Anm. 12.

2) Martin, VersR 1979, 269ff.

3) Martin, VersR 1979, 269, 270; i.E. ebenso Pröllss/Martin § 20 Anm. 3; Bach, VersR 1977, 881, 884.

4) BayObLG NJW 1969, 797f.

5) BayObLG NJW 1969, 797.

Die Beitrittserklärung ... ist als solches nichtig".¹⁾ Da also die Erklärung der Ehefrau den Formerfordernissen einer Einzelverfügung gem. § 2247 BGB nicht genügte, hat das BayObLG die Umdeutung der als gemeinschaftlich gewollten letztwilligen Verfügung in ein Einzeltestament zu Recht abgelehnt.

Eine Vereinbarung unter den Gründern einer GmbH, durch die einem von ihnen ein Sonderrecht z.B. auf eine unentziehbare Geschäftsführerstellung eingeräumt werden soll, bedarf als materiell gesellschaftsrechtliche Regelung gem. § 2 Abs. 1 GmbHG der notariellen Form.²⁾ Fehlt es hieran, so ist die betreffende Vereinbarung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. Das RG³⁾ hatte einen Fall zu entscheiden, in dem sich ein Gesellschafter einer GmbH auf einen solchen "Gründer-Sondervorteil", nämlich auf das Recht, allein oder nur mit seiner Erlaubnis eine bestimmte Gruppe von Patienten in der als GmbH geführten Privatklinik behandeln zu dürfen, berief. Da die betreffende Vereinbarung nicht im Gesellschaftsvertrag verankert war, war sie formnichtig. Die Frage, ob die formwidrige Vereinbarung als rein schuldrechtliche Abrede gem. § 140 BGB aufrechterhalten werden könne, hat das RG verneint, weil es begrifflich unmöglich sei, an Stelle eines bei Gründung der Gesellschaft zwischen den Gründern formungültig vereinbarten Rechts den Anspruch aus einem Vertrag zwischen dem Kläger und der Gesellschaft zu sehen.⁴⁾ Diese Argumentation ist in der Rechtslehre⁵⁾ zu Recht auf Kritik gestoßen. Einen Grund, warum es begrifflich ausgeschlossen sein soll, einen als körperschaftlich gewollten Rechtsakt als schuldrechtliches Rechtsgeschäft aufzufassen, ist nicht ersichtlich.⁶⁾ I.E. ist der Entscheidung aber zuzustimmen. Denn Gründervorteile, wie sie der Kläger behauptet hatte, können

1) BayObLG NJW 1969, 797, 798.

2) BGH NJW 1969, 131; RGZ 170, 358, 367.

3) RGZ 165, 129ff.

4) RGZ 165, 129, 132, 133.

5) vgl. insbes. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 112f; Erman-Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 1.

6) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 118.

nur durch eine (formbedürftige) gesellschaftsvertragliche Regelung begründet werden.¹⁾ Es fehlte deshalb an einem wirksamen Ersatzgeschäft.²⁾

Das Ersatzgeschäft darf nicht an sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen scheitern. So ist die Umdeutung eines gem. §§ 2352 S. 3, 2347 Abs. 2 S. 1 BGB nichtigen Erbverzichtsvertrages zwischen Schlußerben, den der eine Teil nicht persönlich, sondern durch einen Vertreter errichtet hatte, in einen Erbteilsübertragungsvertrag entsprechend § 2033 Abs. 1 BGB abgelehnt worden. Ein solcher Vertrag, hat der BGH³⁾ ausgeführt, könne zwar von Nacherben zwischen Vor- und Nacherbfall, nicht aber von Schlußerben zwischen Erst- und Zweiterbfall geschlossen werden.

Die unzulässige Stimmrechtsabtretung eines Gesellschafters einer GmbH kann nicht in eine unwiderruflich erteilte Stimmrechtsvollmacht umgedeutet werden, weil diese ebenfalls unzulässig wäre.⁴⁾ In Frage kommen kann lediglich eine widerrufliche Bevollmächtigung.⁵⁾ Schließlich kann ein nichtiger Wechsel, der an eigene Order lautet, nicht in eine bürgerlichrechtliche Anweisung gem. §§ 783ff BGB umgedeutet werden, da diese grundsätzlich drei Personen, den Anweisenden, den Anweisungsempfänger und den Angewiesenen voraussetzt.⁶⁾

b) Die Erklärungen des Ausstellers eines eigenen Wechsels und das Akzept als verpflichtende Willenserklärungen

Ob eine nichtige wechselrechtliche Erklärung im Wege der Umdeutung als ein anderes Rechtsgeschäft aufrechterhalten werden

1) allg. Meinung, vgl. insbes. Hachenburg-Ulmer § 5 Rdn. 154; Scholz-Winter § 14 Rdn. 15ff, 16; Roth, GmbHG, § 5 Anm. 6; Baumbach/Hueck § 3 Anm. 8 B.

2) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 113.

3) BGHZ 37, 319, 321.

4) vgl. BGHZ 43, 261, 267.

5) Scholz-K. Schmidt § 47 Rdn. 21; Wiedemann, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 276ff; a.A. Hachenburg-Schilling § 14 Rdn. 31.

6) RG JW 1930, 1376, 1377.

kann, hängt gem. § 140 BGB u.a. davon ab, ob sie den formalen Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht.

aa) Eigene Wechsel

Für die Erklärungen des Ausstellers eines eigenen Wechsels ist seit langem in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt, daß diese den Erfordernissen eines Schuldversprechens gem. § 780 BGB bzw. kaufmännischen Verpflichtungsscheines gem. § 363 Abs. 1 S. 2 HGB genügen.¹⁾ Dementsprechend hat das RG²⁾ einen eigenen Wechsel, dem die Bezeichnung als Wechsel im Text der Urkunde fehlte (vgl. Art. 75 Nr. 1 WG), als kaufmännischen Verpflichtungsschein i.S.d. § 363 Abs. 1 S. 2 HGB aufrechterhalten und ausgeführt³⁾: "Daß die Urkunde ihrem Inhalt nach ein abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 B.G.B. und einen kaufmännischen Verpflichtungsschein nach § 363 H.G.B. darstellt, ist unbedenklich ... Das Reichsgericht hatte keinen Zweifel, daß die Urkunde allen Erfordernissen eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines entspricht".⁴⁾ Da der eigene Wechsel gem. Art. 75 Nr. 2 WG das unbedingte Versprechen des Ausstellers enthalten muß, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, kann dies auch nicht zweifelhaft sein.

bb) Die Akzeptunterschrift

Anders kann es dagegen bei einem Akzept liegen. Gem. Art. 25 Abs. 1 S. 3 WG gilt die bloße Unterschrift des Bezogenen auf

1) RGZ 48, 223; RG JW 1930, 1376; RG SeuffA 89 Nr. 104 = JW 1935, 1778; RGZ 136, 207, 210; wohl auch BGHZ 82, 200, 207, i.E. aber offengelassen; Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 14; Stranz Art. 2 Anm. 2 i; Rehfeldt/Zöllner S. 104; Hueck/Canaris 40, 62; Locher S. 80; E. Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 196 insbes. Fn. 35; Reinicke, DB 1960, 1028; Liesecke, WM 1971, 294, 297; Flume, At II, S. 597, 598; Knur/Hammerschlag Art. 76 Anm. 1; Michaelis Art. 4 WO Anm. 2; Jacobi S. 346; Weimar, WM 1967, 862, 863.

2) RGZ 48, 223ff.

3) RGZ 48, 223, 229.

4) RGZ 48, 223, 231.

der Vorderseite des Wechsels auch ohne den Zusatz "angenommen" oder eines gleichbedeutenden Wortes als Annahme. Daß der nichtige gezogene Wechsel seiner äußeren Form nach die Erfordernisse einer Anweisung gem. § 783 BGB oder, wenn der Bezogene Kaufmann ist, eine kaufmännische Anweisung gem. § 363 Abs. 1 BGB und dementsprechend die bloße Namensunterschrift des Bezogenen auf einem formgültigen Wechsel den Formerfordernissen der Annahmeerklärung einer Anweisung nach § 784 BGB genügt, ist in der Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt.¹⁾ Denn auch bei der Anweisung nach bürgerlichem Recht, die lediglich die "einfachere Grund- oder Urform"²⁾ des Wechsels darstellt, kann der Annahmevermerk i.S.d. § 784 Abs. 2 S. 1 BGB in der bloßen Unterschrift des Angewiesenen auf der Anweisungsurkunde bestehen.³⁾ Liegen aber die sonstigen Voraussetzungen einer bürgerlich-rechtlichen Anweisung nicht vor, weil der Wechsel an eigene Order lautet und es deshalb an der Person des Anweisungsempfängers fehlt, oder weil die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, was einer kaufmännischen Anweisung gem. § 363 Abs. 1 S. 1 HGB, die grundsätzlich auch an eigene Order lauten kann⁴⁾, entgegenstehen würde, so ergibt sich die Frage, ob das nichtige Akzept, auch wenn es in der bloßen Namensunterschrift des Bezogenen besteht, den Erfordernissen eines Schuldversprechens gem. § 780 BGB, eines abstrakten

-
- 1) RGZ LZ 1915 Sp. 441; RG JW 1930, 1376, 1377; JW 1935, 1778; RGZ 136, 207, 210; BGH WM 1955, 1324; OLG Bamberg NJW 1967, 1913; vgl. auch ROHGE 6, 125, 131 (1872) zur kaufmännischen Anweisung; Baumbach/Hefermehl Art. 2 Anm. 9; Hueck/Canaris S. 61; vgl. Staub/Stranz Art. 2 Anm. 20 und 22; Michaelis Art. 4 WO Anm. 2; Quassowski/Albrecht Art. 2 Rdn. 4; Stranz Art. 2 Anm. 2; Bernstein, JW 1926, 568, 569 (für Scheck); ders., JW 1926, 494, 495; Liesecke, WM 1969, 2, 3; Brox, Handelsrecht, § 30 II 2 Rdn. 534.
 - 2) Zöllner § 8 IV 2, S. 44, 45; ähnlich Flume, AT II, S. 597, 598; vgl. auch Hupka S. 17; Ulmer, AcP 126, 130, 133; Breit § 1 Anm. 101, 104; Jacobi S. 346; Michaelis Art. 4 WO Anm. 2; vgl. zur Umdeutung eines Schecks in eine Anweisung Sprengler, MDR 1958, 551, 552.
 - 3) Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; Liesecke, WM 1971, 295, 297; Palandt-Thomas § 784 Anm. 2; vgl. BGH WM 1982, 155, 156.
 - 4) Staub/Stranz Art. 2 Anm. 21; Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Anm. 9; Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; ebenso RG JW 1930, 1376, 1377.

Schuldanerkenntnisses gem. § 781 BGB oder aber eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines gem. § 363 Abs. 1 S. 2 HGB genügt.

Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1882 hatte das RG¹⁾ generell entgegen einer Entscheidung des preußischen Obertribunals von 1870²⁾ "erhebliche ... Bedenken", ob "eine bei der Errichtung als Wechsel gewollte Urkunde (bei dem Mangel von Wechselessentialien) als sonstige abstrakte Skripturobligation verwertbar" sei.³⁾ In einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 1929 hat sich dann das RG⁴⁾ dementsprechend gegen die Umdeutung eines solchen Akzepts in ein abstraktes Schuldversprechen bzw. einen kaufmännischen Verpflichtungsschein gem. § 363 Abs. 1 S. 2 HGB ausgesprochen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall waren auf dem Wechsel zwei Zahlungsorte angegeben, weshalb die Urkunde gem. Art. 4 WO (heute Art. 1 Nr. 5 WG), der zwingend die Angabe nur eines Zahlungsortes vorschreibt, nichtig war. Zur Umdeutung des Akzepts, das lediglich in der bloßen Namensunterschrift des Bezogenen bestand, hat das RG u.a. ausgeführt⁵⁾: "Als abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB oder als kaufmännischer Verpflichtungsschein i.S. des § 363 HGB. kommt die hier fragliche Urkunde nicht in Betracht. Daß der Bekl. irgendein Schuldversprechen abgegeben oder einen Verpflichtungsschein ausgestellt hat, kann der Urkunde selbst nicht entnommen werden. Eine Unterschrift unter eine Erklärung hat der Bekl. überhaupt nicht geleistet. Er hat nur an eine Stelle eines Wechselformulars, an welcher die Annahmeerklärung des Trassanten gesetzt zu werden pflegt, seinen Namen ohne irgendeinen Zusatz, aus dem man auf irgendeine Verpflichtungserklärung schließen müßte, gesetzt. Daß dies als Annahme und Verpflichtung des Bezogenen, die akzeptierte Summe zur Verfallzeit zu zahlen, gilt, ist eine Sonderbestimmung des Art. 21 Abs. 2

1) RG, Urt. v. 20.11.1882, abgedr. in RGZ 8, 35ff.

2) Entscheidung vom 1.3.1870, abgedr. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 15, S. 576ff; zit. nach RG 78, 35, 40.

3) RGZ 8, 35, 40, 41.

4) RG, Urt. v. 8.10.1929, abgedr. in JW 1930, 1376.

5) RG JW 1930, 1376.

WO (heute Art. 25 WG) ... Der Unterschrift selbst aber ist nicht zu entnehmen, daß sie überhaupt eine Willenserklärung enthält". Diese Begründung, die bloße Namenszeichnung des Akzeptanten enthalte keine Verpflichtungserklärung, hat das RG in späteren Entscheidungen wiederholt¹⁾ und ist auch vom BGH²⁾ übernommen worden.

Diese Argumentation hat in der Rechtslehre heftige Kritik erfahren.³⁾ Bernstein⁴⁾ hat dem RG entgegengehalten, die Form der Annahmeerklärung bei einer Anweisung sei jedenfalls durch die bloße Namensunterschrift gewahrt. Daß die Namensunterschrift des Bezogenen auf der Vorderseite des Wechsels eine Annahmeerklärung habe darstellen sollen, sei schon insofern nicht zu bezweifeln, als der Wechsel bloß eine besondere Form der Anweisung sei, für die die Form der Annahmeerklärung i.S.d. Art. 21 WO (heute Art. 25 WG) besonders geregelt sei, zumal auch bei der Anweisung i.S.d. §§ 783ff BGB für die Annahmeerklärung gem. § 784 Abs. 2 BGB die bloße Namensunterschrift genügen könne. Reinicke⁵⁾ hat gegen die Ansicht der Rechtsprechung angeführt, es sei zwar richtig, daß der Akzeptant auf den Wechsel lediglich seinen Namen zu setzen brauche. Gleichwohl stelle die bloße Unterschrift eine Erklärung dar. Denn jeder Bezogene wisse, daß er sich durch die Unterschrift nach

1) insbes. RGZ 136, 207, 210; ebenso für ein Blankoindossament RGZ 130, 82, 84; offen gelassen dagegen in RGZ 108, 388, 391.

2) BGH WM 1955, 1324 = DB 1955, 892; ebenso OLG Nürnberg WM 1956, 203, 204; offen gelassen dagegen in BGH WM 1970, 1023, 1024; NJW 1957, 1837, 1838; BGH JZ 1970, 550 m. Anm. v. Hadding; vgl. auch BGH WM 1972, 461; für Scheck offen gelassen in BGHZ 3, 238, 239.

3) vgl. insbes. Bernstein in seinen Anmerkungen zu dem Urteil des RG vom 8.10.1929 in JW 1930, 1376, 1377; Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; Liesecke, WM 1971, 294, 297; Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Anm. 9 und 11; Hueck/Canaris § 8 V 4, S. 62; Quassowski/Albrecht Art. 2 Anm. 4; Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 196; Hadding, JZ 1970, 552f; Weimar, WM 1967, 862, 863; Stranz Art. 2 Anm. 2; wie das RG aber: Silber, AcP 138, 144, 175; Michaelis Art. 4 Anm. 2; Knur/Hammerschlag Art. 1 Anm. 1; i.E. auch Klausning, JW 1930, 3761, 3763; Ennecerus/Nipperdey § 202 V, S. 1222 Fn. 68; Brox, Handelsrecht, § 30 II 2 Rdn. 534.

4) Bernstein, JW 1930, 1376f.

5) Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; ders., Rechtsfolgen, S. 93.

Maßgabe des Wechsels verpflichte. In dieser Verkehrsübung liege die Rechtfertigung der Regelung des Art. 25 Abs. 1 S. 3 WG.¹⁾ Sei der Wechsel formnichtig, so decke demgemäß die bloße Unterschrift des Bezogenen eine sonstige Verpflichtungserklärung.²⁾

Diese Argumente überzeugen. Der Annahmer eines Wechsels weiß nicht nur, daß er durch seine Unterschrift wechselmäßig haftet, sondern er will diese Verpflichtung auch eingehen. Diesen Verpflichtungswillen bringt er durch seine Unterschrift auf dem Wechsel zum Ausdruck, wie es der Verkehrsübung entspricht. Das Akzept hat den Sinn einer Verpflichtungserklärung nach dem Inhalt des Wechsels.³⁾ Das Akzept begründet damit eine rechtsgeschäftliche Haftung des Bezogenen, die den wechselrechtlichen Begebungsvertrag voraussetzt.⁴⁾ Daß ein Wechsel durch den Bezogenen gem. Art. 25 Abs. 1 S. 3 WG auch durch bloße Namensunterschrift angenommen werden kann, hat dagegen nicht den Sinn, das Wesen der Annahme als Willenserklärung aufzuheben und die Haftung des Bezogenen nicht an sein rechtsgeschäftliches Handeln, sondern an seine Unterschriftsleistung als rein tatsächliches Tun ohne rechtsgeschäftlichen Erklärungswert zu knüpfen. Die Ansicht des RG und des BGH, die bloße Namensunterschrift an der Stelle eines Wechselformulars, an welcher die Annahmeerklärung des Bezogenen gesetzt zu werden pflegt, enthalte keine Verpflichtungserklärung, ist deshalb unzutreffend. Zumindest konkludent bringt der Bezogene durch seine Unterschrift seinen Verpflichtungswillen zum Ausdruck.

Ist demnach in der bloßen Namensunterschrift des Bezogenen auf dem Wechsel eine rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung zu sehen, so kann sich die weitere Frage stellen, ob das Akzept i.S.d. Art. 25 Abs. 1 S. 3 WG die Schriftform gem. §§ 780, 781 i.V.m. 126 BGB für ein Schuldversprechen oder -anerkennnis wahrt. Dies ist der Fall. Denn das formbedürftige Geschäft,

1) ebenso Staub/Stranz Art. 2 Anm. 22.

2) ebenso Weimar, WM 1967, 862, 863.

3) Flume, AT II, S. 598; ähnlich Hueck/Canaris S. 62.

4) vgl. insbes. Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 11 und Einleitung WG Rdn. 19; Hueck/Canaris S. 62; Jacobi S. 218.

nämlich das Leistungsversprechen i.S.d. §§ 780f BGB, kommt, wie dargelegt, in der (Wechsel-)Urkunde zum Ausdruck, die die eigenhändige Unterschrift des Bezogenen als Schuldner enthält. Auch der Inhalt der Verpflichtungserklärung läßt sich zumindest durch Auslegung der urkundlichen Erklärung ermitteln. Dies genügt für die Schriftform gem. § 126 BGB.¹⁾

Ebenso genügt entgegen der Ansicht des RG²⁾ ein Wechsel auch der Form eines Bürgschaftsvertrages gem. §§ 765, 766 BGB. Die wechselrechtlichen Erklärungen decken die Schriftform i.S.d. § 126 BGB, die gem. § 766 BGB für die Bürgschaftserklärung angeordnet wird. Weitergehende Formerfordernisse stellt dagegen § 766 BGB nicht auf. Ist der Bezogene Kaufmann und die Zeichnung des Wechsels für ihn ein Handelsgeschäft, so bedarf sein Leistungsversprechen gem. § 350 HGB der Schriftform gem. §§ 780, 781 oder 766 BGB ohnehin nicht. In diesem Falle kommt es für die Umdeutung nicht darauf an, ob das Akzept, das in der bloßen Namensunterschrift besteht, dem Schriftformerfordernis dieser Vorschriften entspricht.

Bei der Umdeutung eines Akzeptes treten die aufgezeigten Probleme nicht auf, wenn der Bezogene den Wechsel gem. Art. 25 Abs. 1 S. 2 WG annimmt, indem er eine ausdrücklich als Annahme lautende Erklärung unterschreibt. Hierin liegt unzweifelhaft eine Verpflichtungserklärung. Denn z.B. das Wort "angenommen" bringt zum Ausdruck, daß der Akzeptant sich durch diese Erklärung wechselseitig binden will. Dies wird der Regelfall sein, da die üblichen Wechselformulare zumeist die Annahmeklausel bereits vordruckt enthalten. Die Bedenken, die das RG und der BGH gegen die Umdeutung eines Akzepts, das in der bloßen Namensunterschrift besteht, erhoben haben, greifen hier nicht durch. Eine entsprechende Entscheidung des BGH liegt zu diesem Fall aber - soweit ersichtlich - noch nicht vor.³⁾

1) Palandt-Heinrichs § 126 Anm. 2 a; ebenso Staub/Stranz Art. 2 Anm. 22.

2) RGZ 48, 152, 155f; 94, 85, 89; 96, 136, 139 = JW 1919, 718f.

3) vgl. Hadding, JZ 1970, 550, 552f; die Umdeutung des Akzepts in ein Schuldversprechen hat das OLG München in SeuffA 80, Nr. 22 und als Vorinstanz zu BGH WM 1970, 1023 zwar befürwortet; ob diesen Entscheidungen jedoch ein Akzept nach Art. 25 Abs. 1 S. 2 oder S. 2 WG zugrundeliegt, ist nicht ersichtlich.

c) Die Umdeutung in bedingte, kündbare und widerrufliche Geschäfte

Auch die Umdeutung in ein bedingtes Geschäft ist denkbar. Sie kann jedoch letztlich nur zum Erfolg führen, wenn die Bedingung eintritt. So hatten in einem Fall, den der BGH¹⁾ zu entscheiden hatte, die Parteien die Auflassung unter der Bedingung erklärt, daß "das Eigentum an dem Grund und Boden ... auf den (Kläger) ohne weitere Gegenleistung (übergehen sollte), wenn der (Beklagte) zur Zahlung des ... Betrages nicht in der Lage oder nicht bereit sei". Der BGH hat die Umdeutung der gem. § 925 Abs. 2 BGB unwirksamen Auflassung in eine Verpflichtung zur Auflassung abgelehnt, da die vereinbarte aufschiebende Bedingung nicht eingetreten sei. Denn der Beklagte sei zur Zahlung "bereit und in der Lage ..." Die Umdeutung hätte somit dem Kläger nichts genützt, weil die Bedingung nicht eingetreten war. Ebenso führt die Umdeutung letztlich nicht zum Ziel, wenn das umgedeutete Geschäft kündbar und eine Kündigung erfolgt ist.²⁾ Auch wäre mit der Umdeutung einer formnichtigen, unwiderruflich erteilten Vollmacht zur Grundstücksveräußerung in eine formlos mögliche widerrufliche Vollmacht nicht geholfen, wenn die Vollmacht jedenfalls vor Geschäftsabschluß widerrufen worden ist.³⁾

d) Die Umdeutung in fehlerhafte Geschäfte

Das Ersatzgeschäft muß nicht ein fehlerfreies Geschäft sein. Es kann auch eine sinnvolle Handhabung des § 140 BGB darstellen, wenn ein nichtiges Geschäft als ein (noch) heilbares⁴⁾, genehmi-

1) BGH NJW 1972, 2265, 2266.

2) vgl. BGHZ 50, 316, 320ff.

3) vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 108.

4) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 92, 93; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 14; Enneccerus/Nipperdey § 202 V, S. 1223 Fn. 75 a.E.; Serozan S. 37; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7; ebenso Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 ee.

gungsfähiges oder z.B. anfechtbares¹⁾ Geschäft aufrechterhalten wird und der Heilungstatbestand erfüllt und die Genehmigung erteilt ist und die Anfechtung unterbleibt. Für die Feststellung der letzteren Voraussetzungen ist der Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich, nicht derjenige der Vornahme des Geschäfts²⁾: Zwar erlaubt § 140 BGB nur, dem Willen der Parteien in Einklang mit der Rechtsordnung zum Erfolg zu verhelfen. Die Belange der Rechtsordnung sind aber gewahrt, auch wenn das Ersatzgeschäft nicht (voll) wirksam, sondern lediglich heilbar oder genehmigungsfähig oder aber anfechtbar ist. Denn die in umgedeuteter Form heilbaren und genehmigungsfähigen Geschäfte bleiben endgültig unwirksam, sofern die Heilung oder Genehmigung nicht erfolgen, und das anfechtbare Geschäft verliert seine Wirksamkeit, wenn es angefochten wird. So hat das RG³⁾ einen fehlerhaft beurkundeten Erbschaftskaufvertrag in einen Erbauseinandersetzungsvertrag umgedeutet, der zwar, soweit er die Übertragung des zum Nachlaß gehörenden Grundstücks betraf, ebenfalls der nicht eingehaltenen notariellen Beurkundung gem. § 313 S. 1 BGB bedurfte, der jedoch - anders als der Erbschaftskaufvertrag - gem. § 313 S. 1 BGB der Heilung fähig war. Zwar sei nicht zu verkennen, heißt es in der Entscheidung⁴⁾, daß "die Erfordernisse eines gültigen Geschäfts erfüllt" sein müssen. "Dem gültigen Geschäft muß aber das nach § 313 BGB heilbar nichtige jedenfalls dann gleichgestellt werden, wenn ... die Parteien gleichzeitig die von ihnen zur Heilung zu erfordernden Erklärungen abgegeben haben ..."

Schwierigkeiten können sich in diesem Zusammenhang allerdings bei der Frage ergeben, ob die Heilungsvoraussetzungen tatsäch-

1) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 4; Lange/Köhler, AT (17. Aufl.), § 40 III 2, S. 364.

2) vgl. aber Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 4 und Herschel, DRiZ 1952, 41f, die fordern, daß alle Tatbestandsmerkmale bzw. alle Elemente im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts vorhanden sein müßten, ohne dies jedoch ausdrücklich auf die hier angesprochenen Heilungs-, Genehmigungs- oder Anfechtungstatbestände zu beziehen.

3) RGZ 129, 122ff.

4) RGZ 129, 122, 123f.

lich erfüllt sind, insbes. wenn die Beteiligten die Nichtigkeit und Umdeutbarkeit des Geschäfts bis zur Erfüllung des Heilungs- bzw. Genehmigungstatbestandes nicht erkannt haben. Dies war in der oben angesprochenen Entscheidung des RG¹⁾ nicht unproblematisch. Denn vom Standpunkt des Erbschaftskaufs und der Übertragung des Erbschaftsanteils, den die Beteiligten im Auge hatten, brauchten sie nicht die Auflassung des zum Nachlaß gehörenden Grundstücks zu erklären. Denn das Eigentum geht bei einem Erbschaftskauf durch Übertragung der Erbschaftsanteile auf den Erwerber über, demzufolge das Grundbuch unrichtig wird. Die Eintragung des Erwerbers erfolgt daher lediglich im Wege einer Grundbuchberichtigung. Es stellte sich daher die Frage, ob die Heilungsvoraussetzungen des umgedeuteten heilbar nichtigen Erbauseinandersetzungsvertrages gem. § 313 S. 2 BGB (Auflassung und Eintragung) erfüllt waren. Das RG hat dieses aber zu Recht bejaht. Denn die "erforderliche Einigung ist ... in den Erklärungen über den Verkauf und die Übertragung des Erbanteils zu finden. Sie haben inhaltlich gleichzeitig die Bedeutung, daß das Eigentum ... auch an dem Grundstück ... an den Beklagten übergehen sollte. Jene Erklärungen waren dann Grundlage für die Eintragung des Beklagten, und es ist nicht von Bedeutung, ob der Grundbuchrichter sie nur unter dem Gesichtspunkt der Berichtigung gewertet hat".²⁾

2. Inhaltliche Erfordernisse

Während jedenfalls dem Grundsatz nach Einigkeit besteht darüber, daß das nichtige Rechtsgeschäft die formalen Voraussetzungen des Ersatzgeschäftes erfüllen muß, ist umstritten, ob und ggf. in welchem Umfange dies auch bezüglich des Inhalts des anderen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB zutreffen muß.

1) RGZ 129, 122; vgl.

2) RGZ 129, 122, 124.

a) Rechtslehre

Nach der überwiegend vertretenen Ansicht in der Rechtslehre¹⁾ muß das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen des anderen Geschäfts entsprechen. Einige ihrer Vertreter²⁾ interpretieren den Gesetzeswortlaut des § 140 BGB in der Weise, daß das andere Geschäft in dem nichtigen "enthalten" sein müsse. Demgegenüber versteht eine Mindermeinung³⁾ § 140 BGB so, daß das nichtige Rechtsgeschäft allein den formalen, nicht aber auch den inhaltlichen Erfordernissen des Ersatzgeschäftes entsprechen müsse. Zwischen diesen beiden extremen Positionen werden verschiedene Mittelmeinungen⁴⁾ vertreten. Krampe⁵⁾ ist nunmehr den Ansichten entgegengetreten, indem er die Konversion auf die Auslegungsgrundsätze gem. §§ 133, 157 und 2084 BGB zurückführt.

Um die grob skizzierten verschiedenen Meinungen und deren Verhältnis zueinander besser erfassen zu können, muß man sich vorab vor Augen halten, welche Folgerungen sich bei konsequenter Fortführung der verschiedenen Ansätze (theoretisch) für die Interpretation des § 140 BGB ergeben: Fordert man entsprechend der ganz engen Auffassung, daß das andere Geschäft seinem Inhalt nach in dem nichtigen enthalten sein muß, so kann in letzter Konsequenz eine Umdeutung nur zulässig sein, wenn das nichtige Rechtsgeschäft als rechtsgeschäftliche Teilregelung ein anderes Rechtsgeschäft vollständig enthält, das für sich allein genommen rechtlich nicht zu beanstanden ist. Das Ersatzgeschäft, das gem. § 140 BGB an Stelle des nichtigen Rechtsgeschäfts treten soll, ließe sich danach ermitteln, indem die insgesamt nichtige Regelung der Elemente entkleidet wird, die die

1) vgl. z.B. Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 15f; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 4; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 15ff; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 94; Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2574f; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a ee.

2) insbes. Flume, AT II, S. 593, 594.

3) insbes. O. Fischer, FS Wach, S. 179, 199; Bürck, JuS 1971, 571, 573f; ders., SchlHA 1973, 37ff.

4) vgl. Nachw. u. S. 118ff.

5) Krampe, Konversion, S. 280ff, 284f.

Unwirksamkeit veranlaßt haben, um dann zu prüfen, ob die übrig gebliebene Restregelung, die von dem Nichtigkeitsgrund nicht (mehr) betroffen wird, als ein eigenständiges Rechtsgeschäft (nämlich als das "andere" Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB) für sich allein Bestand haben kann. Umdeutung bedeutete hiernach also die Betrachtung der insgesamt nichtigen Regelung unter verschiedenen rechtlichen Teilaspekten, um auf diese Weise einer in der nichtigen Regelung enthaltenen, für sich isoliert betrachtet rechtlich nicht zu beanstandenden (Teil-)Regelung zur Geltung zu verhelfen. Diese andere Betrachtung des nichtigen Rechtsgeschäfts unter einem Teilaspekt ist rein rechtlicher Natur und betrifft die Zuordnung des als solchen insgesamt nichtigen Geschäfts zu einem anderen gesetzlichen Rechtsgeschäftstyp, dessen Erfordernisse gewährt sind. Die Ermittlung des in Frage kommenden Ersatzgeschäftes erfolgt demgemäß nach rein objektiven Kriterien. Bevor man zum subjektiven Tatbestand des § 140 BGB kommt, steht der Inhalt des in Frage kommenden Ersatzgeschäftes bereits fest. Im subjektiven Umdeutungstatbestand ist danach nicht zu fragen, welches andere Rechtsgeschäft die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der beabsichtigten Regelung vereinbart hätten, sondern allein, ob sie die Geltung des in dem nichtigen vollständig enthaltenen, für sich allein genommen rechtlich nicht zu beanstandenden (Teil-) Rechtsgeschäfts bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten.

Nach der extremen Gegenposition ist die Ermittlung des Ersatzgeschäftes nicht eine Frage des objektiven Umdeutungstatbestandes. Denn nach dieser Ansicht kommt es gerade nicht darauf an, ob das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht. Nach § 140 BGB gilt vielmehr das Geschäft, das die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit vereinbart hätten, wenn das nichtige Geschäft die formalen Voraussetzungen des anderen erfüllt. Das für die Umdeutung in Betracht zu ziehende Ersatzgeschäft ergibt sich konsequenterweise allein nach dem subjektiven Umdeutungstatbestand mit der Frage: Welches Rechtsgeschäft hätten die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts vereinbart? Objektive inhaltliche Grenzen der Umdeutung ergeben

sich hiernach nicht... Gem. § 140 BGB kann mit dieser extrem weiten Auffassung jedes beliebige Rechtsgeschäft zur Geltung gelangen, wenn nur anzunehmen ist, daß dies von den Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde, und das nichtige Geschäft dessen formale Voraussetzungen erfüllt.

Die beiden extremen Standpunkte lassen sich gegenseitig annähern, indem man bei der engen Ansicht von der rechtsgeschäftlichen Regelung als solcher abstrahiert und nicht allein auf die rechtsgeschäftliche Regelung, sondern (auch) auf die rechtlichen oder wirtschaftlichen Ziele, die die Parteien mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft erreichen wollten, abstellt, oder aber bei der weiten Ansicht objektive inhaltliche Grenzen durch die nichtige Regelung zieht.

Da die Ansicht Krampes, wonach § 140 BGB überflüssig und die Konversion auf die Auslegungsgrundsätze nach §§ 133, 157 und 2084 BGB zurückzuführen ist, sich nicht ohne weiteres in das beschriebene System der verschiedenen Meinungen, die sich am Tatbestand des § 140 BGB orientieren, eingliedern läßt, ist diese gesondert zu untersuchen.

Im folgenden soll versucht werden, die verschiedenen Ansichten danach aufzufächern, welche objektiven inhaltlichen Voraussetzungen sie an die Umdeutung stellen und zu welchen Ergebnissen sie gelangen.

aa) Rechtslehren, wonach das andere Geschäft in dem nichtigen "enthalten sein" muß

In wohl schärfster Form vertritt heute Flume¹⁾ den Gedanken, das umgedeutete Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein. Er geht dabei von einer klaren Trennung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB aus: Es müsse, so fordert Flume²⁾, zunächst ermittelt werden, ob die rechtsgeschäftliche Regelung, die so, wie sie getroffen ist, nichtig ist,

1) Flume, AT II, S. 589ff.

2) Flume, AT II, S. 592.

eine "andere" Regelung enthalte, deren Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben seien. Es sei festzustellen, "was von dem Inhalte des nichtigen Rechtsgeschäfts als besonderes Rechtsgeschäft bestehen" könne. Sodann sei nach dem Wortlaut des § 140 BGB zu fragen, "ob das andere Rechtsgeschäft als ein qualitativer Teil" der getroffenen rechtsgeschäftlichen Regelung Geltung haben solle, obwohl nicht dieses "andere" Geschäft, "sondern nur das Ganze der Regelung durch das Rechtsgeschäft in Geltung gesetzt werden sollte". Es komme, wie Flume ausdrücklich betont¹⁾, "nicht darauf an, ob 'ein' anderes Rechtsgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde, sondern 'das' andere Geschäft muß durch den getätigten rechtsgeschäftlichen Akt wirklich vorgenommen worden sein, d.h. die 'andere' Regelung muß in dem getätigten Geschäft enthalten sein". Sie werde gem. § 140 BGB "als in dem Rechtsgeschäft mit statuiert angesehen".²⁾ Flume rückt die Umdeutung nach § 140 BGB als Fall "qualitativer Teilnichtigkeit" in die unmittelbare Nähe der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB, wo die "quantitative Teilnichtigkeit" geregelt sei.³⁾ Die Abgrenzung dieser beiden Vorschriften stellt nach Flume "kein wesentliches Problem dar, weil die Regelung grundsätzlich die gleiche" sei.⁴⁾

Auch wenn Flume die Umdeutung als Fall qualitativer Teilnichtigkeit sieht, gem. § 140 BGB also festgestellt werden müsse, "was von dem Inhalte des nichtigen Rechtsgeschäfts als besonderes Rechtsgeschäft bestehen" könne, bedeutet dies nach seiner Ansicht aber nicht, daß das andere Geschäft als rechtsgeschäftliche Teilregelung in dem nichtigen Rechtsgeschäft enthalten sein müßte, die, so wie sie von den Parteien vorgenommen worden ist, für sich allein genommen Bestand haben kann. Dies kann zwar der Fall sein. So hält Flume z.B. die Umdeutung eines (einseitigen) Erbvertrages, den ein minderjähriger Erblasser schließt und der als Erbvertrag nichtig ist (§ 2275 BGB), in ein Testament für zulässig, wenn der Minderjährige testa-

1) Flume, AT II, S. 594 und 598.

2) Flume, AT II, S. 596.

3) Flume, AT II, S. 590.

4) Flume, AT II, S. 590; zustimmend v. Esch S. 71, 72.

mentsfähig i.S.d. § 2229 Abs. 2 BGB war, d.h., das 16. Lebensjahr vollendet hatte.¹⁾ In diesem Fall ist in dem (nichtigen) Erbvertrag die Einzelverfügung, in die umgedeutet wird, bereits vollständig enthalten: Zwar ist der ganze Erbvertrag mangels unbeschränkter Geschäftsfähigkeit des Erblassers nichtig. Die darin steckende Einzelverfügung für sich allein genommen, d.h. ohne die erbvertragliche Bindung, hätte der Minderjährige aber wirksam vornehmen können. Prüft man also entsprechend der Ansicht Flumes, was von dem nichtigen Erbvertrag für sich allein genommen Bestand haben kann, so gelangt man durch Weglassen der erbvertraglichen Elemente des Geschäfts zu der darin enthaltenen Einzelverfügung des Erblassers, die nur ein für sich allein genommen nicht zu beanstandender Teil des insgesamt nichtigen Erbvertrages ist. Das umgedeutete Geschäft ist hier als rechtsgeschäftliche Teilregelung in dem nichtigen Rechtsgeschäft vollständig enthalten.

Dies ist aber auch nach der Ansicht Flumes nicht Voraussetzung für eine Umdeutung. So hält er z.B. die Umdeutung eines Vertrages, durch den ein Nießbrauch entgegen § 1059 S. 1 BGB übertragen werden soll, in einen Vertrag für zulässig, durch den sich der Nießbraucher gem. § 1059 S. 2 BGB verpflichtet, dem Erwerber den Nießbrauch zur Ausübung zu überlassen.²⁾ Die Übertragung des Nießbrauchs hat aber nicht als rechtsgeschäftliche Teilregelung einen Vertrag zur Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs zum Gegenstand. Allerdings kann der Nießbraucher (selbstverständlich) das Recht auch ausüben. Wäre die Übertragung somit wirksam gewesen, so hätte der Erwerber (u.a.) die Rechtsposition erhalten, die er aufgrund des umgedeuteten Geschäfts erhält. Die Übertragung des Rechts schließt als Rechtsfolge dessen Ausübung mit ein. Man kann deshalb auch in diesem Falle davon sprechen, daß das andere Geschäft (also die Verpflichtung zur Überlassung des Nießbrauchs zur Ausübung) in dem nichtigen Geschäft (dem unzulässigen Übertragungsvertrag) enthalten ist. Jedoch trifft dies in dem ersten Fall (Umdeutung eines einseitigen Erbvertrages in die darin enthaltene Einzel-

1) Flume, AT S. 592.

2) Flume, AT II, S. 589.

verfügung) auf die rechtsgeschäftliche Regelung als solche zu; im zweiten Fall dagegen (Nießbrauchs-Fall) bezieht sich das Enthalten nur auf die Wirkungen des Geschäfts: In dem Mehr (der Übertragung des Nießbrauchs) ist das Weniger (der Überlassung zur Ausübung) enthalten.

Aus diesem Unterschied ergeben sich erhebliche Konsequenzen für die Frage, nach welchen Kriterien das Ersatzgeschäft nach § 140 BGB zu ermitteln ist. Während im ersten Fall das gültige Geschäft aus dem nichtigen als rechtsgeschäftliche Teilregelung nur herausgelöst zu werden braucht und als solche so gilt, wie sie die Parteien vorgenommen haben, versagt diese Methode im zweiten Fall. Denn in dem nichtigen Übertragungsvertrag ist eben als rechtsgeschäftliche Teilregelung kein Vertrag zur Überlassung des Nießbrauchs zur Ausübung enthalten. Hier kann man zu dem anderen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB nur mit der Frage gelangen, welches Rechtsgeschäft geeignet gewesen wäre, die mit dem nichtigen Geschäft angestrebten rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele ganz oder zumindest teilweise zu verwirklichen. Während also im ersten Fall allein auf die rechtsgeschäftliche Regelung abgestellt werden kann, und das aufrechterhalten wird, was von dem Geschäft nach der Rechtsordnung für sich allein bestehen kann und von der Nichtigkeitsnorm nach Wegfall der Restregelung nicht betroffen ist, wird im zweiten Fall von der rechtsgeschäftlichen Regelung abstrahiert und auf dessen Wirkungen abgestellt: Das nichtige Geschäft wird in ein solches umgedeutet, mit dessen Hilfe die Beteiligten ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele hätten erreichen können.

Die letztgenannte Vorgehensweise wird noch deutlicher an einem weiteren Beispiel, das Flume für eine zulässige Umdeutung gibt¹⁾: So hält er die Umdeutung des Verkaufs einer Sache in einen Verkauf der auf Leistung der Sache gerichteten Forderung für möglich. Der Kauf einer Sache hat aber als rechtsgeschäftliche Teilregelung nicht den Verkauf der auf Leistung der Sache gerichteten Forderung gegenüber dem Dritten zum Gegenstand. Auch stecken diese rechtlichen Wirkungen nicht in dem nichtigen Kaufvertrag über die Sache. Der Verkauf der Forderungen ist etwas

1) Flume, AT II, S. 596.

ganz anderes als der Verkauf der Sache. Gemeinsam haben sie lediglich das wirtschaftliche Ziel, nämlich dem Käufer die Sache letztlich zu verschaffen. Gleichwohl sieht Flume darin einen Fall qualitativer Teilnichtigkeit, nämlich "das gleiche Rechtsverhältnis ... mit einem qualitativ minderen Inhalt".¹⁾ Flume versteht das Erfordernis der "qualitativen Teilnichtigkeit" i.E. also nur so, daß das andere Geschäft geeignet sein muß, die mit dem nichtigen Geschäft angestrebten rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele ganz oder teilweise zu verwirklichen, nicht aber so, daß das umgedeutete Geschäft in dem nichtigen als rechtsgeschäftliche Teilregelung enthalten sein müßte.

Flume zieht aus dem Erfordernis, daß das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein müsse, zwei wichtige Konsequenzen: Zum einen dürfe das Ersatzgeschäft nicht über den Erfolg des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgehen. "Vielmehr gelange man durch die Konversion "immer nur zu einer minderen Regelung gegenüber dem nichtigen Rechtsgeschäft".²⁾ Zum anderen hält Flume die Umdeutung in ein ungleichartiges Geschäft für ausgeschlossen. So lehnt er insbes. die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen auch dann ab, wenn z.B. das formnichtige Schenkungsversprechen eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist und damit den Formerfordernissen eines eigenhändigen Testamentes genügt, und wenn darüber hinaus angenommen werden kann, daß der Schenker bei Kenntnis der Nichtigkeit die Zuwendung als Verfügung von Todes wegen vorgenommen hätte. Denn, so argumentiert Flume³⁾, eine Verfügung von Todes wegen müsse nicht nur eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein, "sondern als Verfügung von Todes wegen errichtet sein, wenn sie als solche gelten soll. So kann das Geschäft unter Lebenden nicht als Verfügung von Todes wegen aufrechterhalten werden, weil es eben kein Geschäft von Todes wegen ist".

1) Flume, AT II, S. 596.

2) Flume, AT II, S. 593.

3) Flume, AT II, S. 598.

Die anderen Vertreter der Ansicht, wonach das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein müsse, ziehen diese letzte Konsequenz nicht, sondern halten z.B. auch die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen für zulässig.¹⁾ Soweit sie fordern, das andere Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein, verstehen sie diese Voraussetzung nicht so, daß das Ersatzgeschäft ebenso wie bei einer Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB "durch den getätigten rechtsgeschäftlichen Akt wirklich vorgenommen und demnach in dem nichtigen enthalten"²⁾ sein müßte. Sie ziehen aber aus dem Erfordernis des Enthalten-sein ebenso wie Flume die Konsequenz, daß das Ersatzgeschäft niemals über das ursprünglich gewollte nichtige Rechtsgeschäft hinausgehen dürfe.³⁾ Da das Verbot der Konversion in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden Wirkungen als objektive Tatbestandsvoraussetzung des § 140 BGB angesehen wird, ist nach dieser Ansicht eine Umdeutung auch dann ausgeschlossen, wenn die subjektiven Voraussetzungen des § 140 BGB an sich erfüllt wären. Z.B. kann danach eine Forderungsverpfändung nicht in eine Sicherungsabtretung oder Sicherungsübereignung umgedeutet werden, auch wenn dies dem hypothetischen Willen der Parteien entsprechen würde.

bb) Inhaltliche Erfordernisse als negative Tatbestandsvoraussetzung des § 140 BGB

Einige Vertreter der Ansicht, die das Entsprechensgebot des § 140 BGB auch auf den Inhalt des Ersatzgeschäftes beziehen, insbes. Reinicke⁴⁾ und Tiedtke⁵⁾, fassen dies von vornherein (und nicht erst als Konsequenz) als eine rein negative Tatbe-

1) vgl. z.B. Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 4 und 14; Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 2 und 7; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 4.

2) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 4.

3) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5.

4) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 97ff.

5) Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2574f.

standsvoraussetzung des § 140 BGB auf: Das Ersatzgeschäft müsse nicht in dem nichtigen enthalten sein, so daß man es "aus ihm herausholen könne wie eine kleinere Schachtel aus einer größeren".¹⁾ Auch sei nicht erforderlich, daß das Ersatzgeschäft stets das Minus darstellen müsse. Die Umdeutung in ein ungleichartiges aliud sei ebenfalls möglich. Daß das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen des Ersatzgeschäftes entsprechen müsse, bedeute lediglich das Verbot, eine Umdeutung in ein Mehr vorzunehmen, durch die also dem Schuldner größere Pflichten aufgebürdet würden.²⁾

Eine ähnliche Erwägung findet sich bei Medicus³⁾: Auch er hält die Ansicht, wonach das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein müsse, für zu eng, weil das andere Geschäft nicht wirklich gewollt sei. Richtig sei nur zweierlei: "Erstens müssen außer dem Gewolltsein die übrigen Voraussetzungen für das Ersatzgeschäft erfüllt sein ... und zweitens darf das Ersatzgeschäft in seinen Wirkungen nicht über diejenigen des wirklich gewollten Geschäfts hinausgehen".⁴⁾

cc) Kongruenz des nichtigen und anderen Geschäfts

Mayer-Maly⁵⁾ hat der Ansicht, wonach das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein muß, entgegengehalten, sie sei "ungenau und irreführend". Nicht "das Enthalten-sein des Ersatzgeschäfts, sondern die Kongruenz von nichtigem Geschäft und Ersatzgeschäft sei als entscheidend anzusehen". Zeiss, auf den sich Mayer-Maly bei der vorgenannten Formulierung bezieht, fordert freilich "völlige Kongruenz" und an anderer Stelle, daß

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 98; ähnlich Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2575.

2) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 97; Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2575; ähnlich Erman-Brox § 140 Rdn. 12.

3) Medicus, AT, Rdn. 519.

4) Medicus a.a.O.

5) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 15.

"in dem nichtigen Geschäft die Tatbestandsmerkmale des anderen bereits vollständig enthalten sind".¹⁾ Es müsse also, so argumentiert Zeiss weiter²⁾, "eine Art zivilrechtlicher Idealkonkurrenz vorliegen, dergestalt, daß (das nichtige Rechtsgeschäft) von vornherein eo ipso (das gültige andere Geschäft) wäre, wenn die getauschten Willenserklärungen auf (dessen) Abschluß gerichtet gewesen wären". So hält Zeiss die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag gem. § 778 BGB für zulässig. Die "erforderliche Kongruenz von formnichtiger Bürgschaft und Kreditauftrag" sieht Zeiss³⁾ "in folgenden Punkten: Der Bürgschaftsvertrag deckt sich mit dem Auftragsverhältnis nach §§ 662, 675 BGB. Da der Kreditauftrag nicht der Form des § 766 BGB bedarf", heißt es weiter⁴⁾, "bestehe auch insoweit Übereinstimmung von formnichtiger Bürgschaft und wirksamen Kreditauftrag".

I.E. verstehen somit Mayer-Maly und Zeiss unter dem Erfordernis der Kongruenz zunächst nichts anderes, als daß die allgemeinen und besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen für das andere Geschäft erfüllt sein müssen. Inhaltlich dagegen hat Kongruenz danach lediglich die Bedeutung, daß das Ersatzgeschäft durch das nichtige Rechtsgeschäft begrenzt werde: Es dürfe, hat Mayer-Maly⁵⁾ ausgeführt, "in seinem Tatbestand und in seinen Wirkungen über das nichtige Geschäft nicht hinausgehen". Es könne gegenüber dem nichtigen Geschäft "ein aliud, nicht aber ein Plus ausmachen". Nach Mayer-Maly ist dementsprechend die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen zulässig⁶⁾, dagegen die Umdeutung in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden Wirkungen ausgeschlossen. Ob auch Zeiss diese letzte Konsequenz zieht, ist zweifelhaft,

1) Zeiss, WM 1963, 906, 907 und 908.

2) Zeiss, WM 1963, 906, 908.

3) Zeiss a.a.O.

4) Zeiss a.a.O.

5) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 16.

6) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 26.

da er die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag auch dann für unzulässig hält, wenn der Kreditgeber, der gem. § 778 BGB zur Gewährung des Kredits an den Schuldner im Verhältnis zum Kreditgeber verpflichtet ist, durch den beabsichtigten Bürgschaftsvertrag eine solche Verpflichtung nicht übernommen habe.¹⁾

dd) Übereinstimmung in der erstrebten Rechtslage

Eine nur schwer einzuordnende Mittelposition vertritt Siller. Im dogmatischen Ansatzpunkt geht er sicherlich von einer extrem weiten Auffassung aus, indem er die Konversion als einen Rechtsbehelf ansieht, durch Umgestaltung ein anderes Rechtsgeschäft zu schaffen, sei es mit Einverständnis der Gegenpartei, sei es durch den Spruch des Richters.²⁾ Dabei hat seine Interpretation des § 140 BGB den Wortlaut der Vorschrift zum Ausgangspunkt: Durch den Gebrauch des Wortes "entsprechen" bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß eine Konversion "nicht statthaft" sei, "wenn zwei Rechtsgeschäfte inhaltlich zusammenreffen oder wenn sich die Erfordernisse doch soweit decken, daß durch Auslegung die hilfsweise Geltung eines anderen Geschäfts festgestellt werden kann".³⁾ Dies sei dann der Fall und deshalb eine Konversion unnötig, "wo die Rechtswirkungen, auf die das erste Geschäft gerichtet war, schwächere in sich schließen, die als Gegenstand eines von dem Nichtigkeitsgrund nicht ergriffenen Geschäfts denkbar sind".⁴⁾ So gewähre die Verpfändung dem Pfandgläubiger die Befugnis, die verpfändete Sache oder die übergebenen Papiere über die verpfändete Sache bis zu seiner Befriedigung zurückzubehalten. Einer Konversion bedürfe es nicht. Denn es entspreche "nur verständiger Auslegung, wenn dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, sich auf den jedenfalls wirksamen Vertrag" mit seinen schwächeren Wir-

1) Zeiss, WM 1963, 906, 909.

2) Siller, AcP 138, 144, 157.

3) Siller, AcP 138, 144, 170 unter Bezugnahme auf S. 147ff.

4) Siller, AcP 138, 144, 147.

kungen zu berufen.¹⁾ Aus demselben Grunde sei die Aufrechterhaltung der Übertragung eines Nießbrauchs als Überlassung der Ausübung und die Abtretung eines Gesellschaftsanteils als Abtretung der Ansprüche aus § 717 BGB und z.B. die Aufrechterhaltung eines eigenen Wechsels als Schuldversprechen nach bürgerlichem Recht auch ohne Konversion möglich.²⁾ Siller spricht in diesen Fällen, in denen es keiner Konversion bedürfe, von einer Art "zivilrechtlicher Idealkonkurrenz"³⁾, einem Terminus, den Zeiss⁴⁾ zur Kennzeichnung der Konversionsfälle aufgegriffen hat. Damit nimmt Siller gerade die Fälle von dem Anwendungsbereich des § 140 BGB aus, die z.B. Flume⁵⁾ und Zeiss als die eigentlichen Anwendungsfälle dieser Vorschrift ansehen. Dennoch führt die Ansicht Sillers i.E. keineswegs so weit, wie der extreme dogmatische Ansatz vermuten lassen könnte. "Soll § 140 seinen Zweck erfüllen", führt Siller aus⁶⁾, "so muß man sich den durch das Wort 'entsprechen' gespannten Rahmen sehr weit denken. Die Pole, zwischen denen sich die (Konversion) bewegen kann", reichen von der bloßen "Inhaltsverkürzung" bis zur Konversion "in ein anders geartetes Geschäft". Immerhin müssen auch nach der Ansicht Sillers das nichtige und das umgedeutete Geschäft "noch durch irgendein gemeinsames Band verbunden sein". Dies sieht er nicht in dem mit dem nichtigen Geschäft verfolgten wirtschaftlichen oder sonstigen Lebenszweck, sondern in der größeren oder geringeren "Übereinstimmung in der erstrebten Rechtslage".⁷⁾ "Die in § 140 gestellte Aufgabe besteht also darin", meint Siller⁸⁾, "an die Stelle des nichtigen Geschäfts ein solches zu setzen, das dem nichtigen in dem mit diesem verfolgten rechtlichen Zweck möglichst nahe kommt".

1) Siller, AcP 138, 144, 147.

2) Siller a.a.O.

3) Siller a.a.O.

4) Zeiss, WM 1963, 906, 908.

5) zur Ansicht Flumes vgl. o. S. 113ff.

6) Siller, AcP 138, 144, 170.

7) Siller, AcP 138, 144, 171.

8) Siller a.a.O.

Danach wird das Ersatzgeschäft mit der Frage ermittelt: Welches Rechtsgeschäft bringt Rechtsfolgen hervor, die denjenigen des beabsichtigten, aber nichtigen Geschäfts möglichst nahe kommen? Die "Pole", zwischen denen sich die Konversion bewegen könne, verdeutlicht Siller an zwei Beispielsfällen¹⁾, nämlich auf der einen Seite die Konversion "durch bloße Inhaltskürzung", und auf der anderen Seite die Konversion "in ein anders geartetes Geschäft wie die Umschaffung des Mitgiftsversprechens der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück in das Versprechen der Bestellung eines lebenslänglichen Nießbrauchs". Als weitere Beispielsfälle zulässiger Umdeutung in ein "anders geartetes Geschäft" nimmt Siller Bezug auf zwei Entscheidungen des RG, die die Umdeutung einer Hypothek in ein Leibrentenversprechen²⁾ bzw. die Umdeutung eines Kaufvertrages, bei dem der Veräußerer das Eigentum an einem Kellergebäude auf dem veräußerten Grundstück behalten wollte, in die Begründung eines Erbbaurechtes an dem Keller durch den Erwerber zugunsten des Veräußerers³⁾ zum Gegenstand hatten.

Ob Siller auch die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen für zulässig hält, ist nicht eindeutig. In dem Entscheidungsregister am Ende des Aufsatzes werden zwar Fälle aufgeführt, in denen die Rechtsprechung eine derartige Umdeutung für zulässig erachtet hat, (z.B. RG Recht 1912 Nr. 1884, wo ein Schenkungsversprechen in eine letztwillige Verfügung umgedeutet worden ist).⁴⁾ Ob er diese Entscheidungen aber auch befürwortet, bleibt ausdrücklich dem "allgemeinen Teil des Aufsatzes" vorbehalten.⁵⁾ Dort wird jedoch zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Die oben wiedergegebenen Beispielsfälle, die für Siller die äußere Grenze der Umdeutung verkörpern, betreffen aber ausnahmslos die Konversion eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in ein anderes Rechtsgeschäft unter Lebenden.

1) Siller, AcP 138, 144, 170.

2) RG WarnR 1928 Rr. 8.

3) RG SeuffA 79 Nr. 31.

4) Siller, AcP 138, 144, 188.

5) Siller a.a.O.

Siller setzt der Umdeutung jedoch eine andere, klare inhaltliche Grenze: Das andere Geschäft, so heißt es¹⁾, dürfe "jedenfalls nicht dem (Konversions-Gegner) mehr Verpflichtungen auferlegen ... als das ursprünglich beabsichtigte Geschäft". Insofern stimmt Siller mit Flume und den bisher angesprochenen Meinungen i.E. überein. Die Besonderheit der Ansicht Sillers besteht jedoch darin, daß er die allgemein anerkannten Fälle der qualitativen Teilnichtigkeit nicht als Umdeutungs-, sondern (noch) als allgemeine Auslegungsfälle ansieht.

Darüber hinaus hält Siller²⁾ entgegen der sonst ganz überwiegend vertretenen Ansicht die Umdeutung einer nichtigen Verfügung in eine andere Verfügung für ausgeschlossen. Dies folgert er daraus, daß nach seinem Verständnis "der mit dem nichtigen Geschäft angestrebte rechtliche Zweck ... die Grundlage für die Umschaffung"³⁾ biete. Dementsprechend können nach Siller⁴⁾ "nur diejenigen Rechtsgeschäfte umgeschaffen werden, welche die Entstehung des dinglichen Rechts bewirken oder bei einem Gesamttatbestand mitwirken. Aber", so argumentiert Siller weiter, die dinglichen Geschäfte "rufen das dingliche Recht unmittelbar hervor und haben keinen darüber hinausreichenden Zweck", weshalb man "von der abstrakten, formalen Natur der dinglichen Geschäfte" spreche. "Wegen dieser formalen Natur", heißt es weiter, "fehlt es bei den dinglichen Rechtsgeschäften verschiedener Art an einem Sichentsprechen der Erfordernisse". Mit dieser Begründung hat sich Siller u.a. gegen eine Entscheidung des RG gewandt⁵⁾, in der die Übertragung einer vermeintlichen Buchhypothek, die jedoch Briefhypothek und als solche bereits abgetreten war, in die Abtretung des dem Zedenten gegenüber dem ersten Zessionar zustehenden Rückübertragungsanspruchs umgedeutet worden ist. I.E. stimmt Siller jedoch der Entscheidung zu, da die Entscheidung durch Auslegung zu rechtfertigen sei. Denn, so argumentiert Siller, wenn jemand eine Hypothek

1) Siller, AcP 138, 144, 184.

2) Siller, AcP 138, 144, 171f.

3) Siller, AcP 138, 144, 171.

4) Siller, AcP 138, 144, 172.

5) Siller AcP 138, 144, 172f gegen RG Recht 1909 Nr. 3032.

abtrete, so lasse sich diese Abtretung "unbedenklich dahin auslegen, daß alle Rechte ..., welche die Hypothek betreffen, abgetreten werden sollen".¹⁾

ee) Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges

Larenz bezieht das Entsprechungsgebot nach § 140 BGB nicht auf den Inhalt des Geschäfts. Es sei nicht entscheidend, hat er gegen Flume eingewandt²⁾, "daß das als gültig anzusehende Geschäft in dem nichtigen als dessen Teil schon vollständig enthalten war, (so daß es) nur aus ihm herausgelöst zu werden braucht". "Auf die volle oder wenigstens teilweise Erreichung des von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolges unter Beachtung der von ihnen vorgenommenen Interessenbewertung" komme es an.³⁾ Im Anschluß an eine Formulierung des RG läßt es Larenz⁴⁾ für die Anwendbarkeit des § 140 BGB ausreichen, wenn "der wirtschaftliche Erfolg, der durch das nichtige Rechtsgeschäft erzielt werden sollte, durch das andere Geschäft wenigstens so weit erreicht wird, daß anzunehmen ist, die Parteien hätten mangels Erzielung des vollen Erfolgs wenigstens die teilweise Verwirklichung ihrer Zwecke gewollt". Die Grenze zulässiger Umdeutung ergibt sich dementsprechend nach Larenz nicht aus dem Inhalt des nichtigen Rechtsgeschäfts, sondern allein aus dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB, nämlich "aus der Beachtung des hypothetischen Parteiwillens".⁵⁾ Aus diesem subjektiven Erfordernis folgert Larenz jedoch allgemein, daß "bei einem Schuldvertrag keiner Partei eine weitergehende Verpflichtung auferlegt werden (dürfe), als sie hat übernehmen wollen".⁶⁾ Es dürften "durch das 'andere' Rechtsgeschäft keine weitergehen-

1) Siller, AcP 138, 144, 173.

2) Larenz, AT, § 23 III, S. 460.

3) Larenz a.a.O.

4) Larenz, AT, § 23 III, S. 459f unter Bezugnahme auf RGZ 137, 171, 176.

5) Larenz, AT, § 23 III, S. 460.

6) Larenz a.a.O.

den wirtschaftlichen Folgen herbeigeführt werden, als die Parteien sie beabsichtigten".¹⁾ Daher dürfe z.B. eine nichtige Pfandbestellung nicht in eine Sicherungsübereignung umgedeutet werden. Ebenso könne eine Rücktrittserklärung "nicht ohne weiteres" in eine Anfechtungserklärung wegen Irrtums umgedeutet werden, "weil diese für den Erklärenden die Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens nach sich ziehen würde".²⁾

I.E. werden sich die Ansichten von Larenz und derjenigen, die eine inhaltliche objektive Grenze der Umdeutung durch das Verbot der Umdeutung in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden Wirkungen ziehen, häufig decken. Denn die Erhöhung der beabsichtigten wirtschaftlichen Folgen wird in aller Regel mit einer Erhöhung der rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der beabsichtigten rechtsgeschäftlichen Regelung verbunden sein, wie dies die von Larenz gegebenen Beispiele zeigen. Wie jedoch die Einschränkung "nicht ohne weiteres" belegt, kann nach Larenz z.B. die Umdeutung einer Rücktrittserklärung in eine Anfechtungserklärung (ausnahmsweise) in Frage kommen, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht und z.B. im Falle der Anfechtung gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung die Anfechtung nicht die Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens gem. § 122 BGB nach sich zieht. Als ein objektives Kriterium, das für die Ermittlung des für die Umdeutung in Frage kommenden Ersatzgeschäftes maßgebend ist, sieht Larenz demnach allein die Geeignetheit des Ersatzgeschäftes an, die mit dem (nichtigen) Geschäft verfolgten wirtschaftlichen Ziele der Parteien zu verwirklichen³⁾: Als "eine Art Formulierungshilfe" sollen nach Larenz durch Konversion die "wirtschaftlichen Absichten" der Parteien auf "eine von ihnen zwar nicht gewollte, aber ihren eigenen Interessenbewertungen entsprechende und rechtlich mögliche Weise zur Verwirklichung gebracht werden".⁴⁾

1) Larenz, AT (5. Aufl.), § 23 III, S. 431.

2) Larenz, AT, § 23 III, S. 460.

3) ebenso Bürck, SchlHA 1973, 37, 38.

4) Larenz, AT, § 23 III, S. 458

Im Ansatz ähnlich wie Larenz versteht auch Battes¹⁾ § 140 BGB nicht so, daß das andere Geschäft i.S. einer rechtsgeschäftlichen Teilregelung in dem nichtigen enthalten sein müsse. Aus dem Sinn des § 140 BGB, "soweit wie möglich den wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, der den Beteiligten vorschwebte"²⁾, folgert er, daß das nichtige Geschäft neben den Wirksamkeitsvoraussetzungen lediglich "ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel" enthalten müsse, "das durch das 'andere' Geschäft wenigstens teilweise erreicht werden kann". Ebenso wie Larenz sieht auch Battes die inhaltlichen Grenzen der Umdeutung und insbes. das Verbot der Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden Wirkungen letztlich als eine Frage des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB an, nämlich als eine Frage, welche Rolle dem Parteiwillen zukommt³⁾, und versteht dies so, daß das Verbot lediglich sicherstellen solle, "daß die Beteiligten nicht 'bevormundet', ihnen nicht Wirkungen zugemutet werden, die sie nicht vorhergesehen haben".⁴⁾ Demgemäß hält Battes die Umdeutung einer gem. § 2302 BGB nichtigen Verpflichtung, in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen, in die betreffende letztwillige Verfügung selbst für zulässig, obwohl die Verfügung⁵⁾ rechtlich weitergeht als die bloße Verpflichtung zu der Verfügung. Denn, so führt er aus, von einer "Bevormundung" kann aber dann keine Rede sein, wenn sich jemand verpflichtet hat, eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen - hier etwa: jemanden zum Erben einzusetzen -, und dann diese Rechtswirkung als eingetreten, der Begünstigte also zum Erben erklärt wird, wenn das Versprechen nicht gehalten worden ist. Anderenfalls", argumentiert Battes weiter, "würde man dem Erblasser und etwaigen anderen Rechtsnachfolgern gestatten, sich auf die Tatsache zu berufen, daß sich der Erblasser zwar verpflichtet, seine Verpflichtung aber nicht habe erfüllen wollen", und das "hieße, ein venire

1) Battes, AcP 178, 337, 355.

2) Battes a.a.O.

3) Battes, AcP 178, 337, 354.

4) Battes, AcP 178, 337, 358.

5) Battes a.a.O.

contra factum proprium zu legalisieren". Die von Battes vertretene Ansicht nimmt demnach insoweit eine Sonderposition ein, als die Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden Wirkungen letztlich mit Erwägungen des § 242 BGB gerechtfertigt wird.

Dilcher¹⁾ verlangt als Umdeutungsvoraussetzung, daß "die Wirkungen des anderen Rechtsgeschäfts denen des ursprünglichen wirtschaftlich im wesentlichen gleichartig sind". Daher sei die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts, das durch einen Nichtberechtigten vorgenommen worden sei, grundsätzlich ausgeschlossen. Ebenso könne ein nichtiges Geschäft mit einer Person nicht in ein Geschäft über ein anderes Recht als das ursprüngliche mit einer anderen Person umgedeutet werden; dasselbe gelte bei nichtigem Handeln im fremden Namen hinsichtlich der Umdeutung in ein Eigengeschäft. Auch könne wegen "wirtschaftlicher Zielveränderung ... eines wegen Schuldnerausbeutung sittenwidrigen Geschäfts nicht in ein sittengemäßes mit herabgesetzter Gegenleistung" umgedeutet werden.

Dilcher versteht das Erfordernis der wesentlichen Gleichartigkeit der Wirkungen des nichtigen und des anderen Geschäfts als eine objektive Umdeutungsvoraussetzung, deren Fehlen die Anwendbarkeit des § 140 BGB auch dann ausschließe, wenn die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des ursprünglich gewollten Geschäfts das andere abgeschlossen haben würden.²⁾ Dagegen hält er die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen und umgekehrt für zulässig.³⁾ Als eine subjektive Grenze der Umdeutung, die aber mit "der objektiven ... übereinstimmt", fordert Dilcher unter Bezugnahme auf Larenz, daß die Umdeutung grundsätzlich nicht über einen "dem ursprünglich erstrebten Ziel gleichartigen wirtschaftlichen Erfolg" hinausgehen dürfe.⁴⁾ Das Erfordernis, daß das umgedeutete Geschäft wirtschaftlich im wesentlichen gleichartige Wirkungen wie das nichtige hervorbringen müsse, versteht Dilcher offenbar so, daß zum einen das andere Geschäft

1) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7.

2) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7 a.E.

3) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7.

4) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 9.

objektiv geeignet sein muß, die von den Parteien angestrebten wirtschaftlichen Ziele zu verwirklichen. Zum anderen kommt mit dem Erfordernis auch zum Ausdruck, daß es bei § 140 BGB um die Verwirklichung der mit dem nichtigen Rechtsgeschäft erstrebten Ziele geht und nicht derjenigen irgendeines anderen Rechtsgeschäfts. Das andere Rechtsgeschäft muß also geeignet sein, den wirtschaftlichen Erfolg, den das nichtige Rechtsgeschäft hervorbringen sollte, im wesentlichen zu verwirklichen. So lehnt Dilcher z.B. die Umdeutung einer Sicherungsabrede, die für ein nichtiges Darlehen gegeben war, in eine solche für den Bereicherungsanspruch des Gläubigers ab, auch wenn der Darlehensnehmer bei Kenntnis der Nichtigkeit der Darlehensabrede die Sicherheit auch für den Rückgewähranspruch gegeben hätte.¹⁾

Soweit es nach dieser Ansicht Voraussetzung der Umdeutung ist, daß das Ersatzgeschäft im wesentlichen gleichartige wirtschaftliche Wirkungen wie das nichtige hervorbringen müsse, entspricht dies der allgemein vertretenen Ansicht, daß es bei der Umdeutung um die Verwirklichung der Ziele geht, die das Geschäft in der Form des nichtigen Rechtsgeschäfts hervorbringen sollte. Eine Umdeutung kommt demnach nur in Betracht, wenn das Ersatzgeschäft objektiv geeignet ist, die mit dem nichtigen Rechtsgeschäft angestrebten wirtschaftlichen Zwecke im wesentlichen zu erreichen. Darüberhinaus sieht es Dilcher als ein negatives Umdeutungserfordernis an, daß die wirtschaftlichen Ziele, die die Parteien mit dem nichtigen Geschäft verfolgt haben, nicht überschritten werden dürfen. I.E. steht somit die Ansicht Dिल्chers derjenigen von Larenz sehr nahe.

Nach einer weitergehenden Meinung, die insbes. von O. Fischer²⁾ vertreten wird, muß das nichtige Rechtsgeschäft (überhaupt) nicht den inhaltlichen Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts entsprechen. Diese Ansicht wird zumeist auf den Wortlaut des § 140 BGB gestützt. Die Vorschrift sage nicht, hat O. Fischer argumentiert³⁾, daß die Erfordernisse des Ersatzge-

1) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 7.

2) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 199.

3) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 199; ähnlich Bürck, JuS 1971, 571, 573, 574; ders., SchlHG 1973, 37ff; Fischer zustimmend auch Manigh, Arch.f.R.u.W.Phil., VIII 529, 532.

schäfts in dem nichtigen Geschäft enthalten sein müssen, sondern nur, daß das nichtige Rechtsgeschäft "den Erfordernissen des/eines Ersatzgeschäftes entsprechen" müssen. Forderte man, so heißt es weiter¹⁾, daß der Inhalt des anderen Geschäfts und dessen rechtliche Qualifikation in dem nichtigen Geschäft "Ausdruck gefunden hätte, so würde man dem Zwecke des Instituts nicht gerecht, und die Anwendbarkeit auf Fälle beschränken, für welche eine Sonderbestimmung kaum noch erforderlich gewesen sein würde". Die Ermittlung des Inhalts des Ersatzgeschäftes ist nach Fischer²⁾ entsprechend dieser Grundlage eine Frage des subjektiven Umdeutungstatbestandes. Es handele sich dabei nicht um die Ermittlung eines wirklichen Willens, sondern "bloß um Rekonstruktion eines anzunehmenden Willens für eine anzunehmende, in Wirklichkeit gar nicht vorhandene Sachlage ... Es ist zu fragen: Welche wirtschaftlichen oder sonstigen Lebenszwecke verfolgten ... die Erklärenden bei Abschluß des Geschäfts? Wie lassen sich die Zwecke, da sie durch das nichtige Geschäft nicht zu erreichen waren, ganz oder teilweise, genauso oder ähnlich auf andere Weise erreichen? Besteht irgendein berechtigter Grund für die Annahme, daß ... die Erklärenden diese andere Weise auf keinen Fall gewollt haben würden?"³⁾

Dementsprechend ist nach Fischer die "Beantwortung der Frage ..., welcher Inhalt für das umgewandelte Geschäft anzunehmen ist", nicht an die "Regeln der Auslegung gebunden, sondern ... kann auf dem Wege der Willenskonstruktion gefunden werden".⁴⁾ § 140 BGB, heißt es an anderer Stelle⁵⁾, habe "an bedeutsamen Neuem über das Auslegungsrecht hinaus ... (den) Gesetzesbefehl (geschaffen), bei einem an sich nichtigen Rechtsgeschäft nicht gewollte, jedenfalls als gewollt nicht zum Ausdruck gelangte Rechtswirkungen auch ohne Willen und ohne Willenserklärung eintreten zu lassen, wenn sie dem praktischen Zweck des Geschäfts entsprechen und nicht dem Willen widersprechen ...".

1) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 199, 200.

2) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 200.

3) O. Fischer, FS Wach, S. 200.

4) O. Fischer, FS Wach, S. 202.

5) O. Fischer, FS Wach, S. 201f.

Die Ähnlichkeit dieser Argumentation zu derjenigen Sillers, der auf Fischer aufbaut¹⁾, ist offensichtlich. Dennoch ergeben sich i.E. wesentliche Unterschiede. Denn anders als nach Siller kann nach der Ansicht Fischers die Umdeutung dazu führen, daß das Geschäft in umgedeuteter Form über den Inhalt des nichtigen Rechtsgeschäfts hinausgeht und größere Verpflichtungen begründet, als wenn es in der vorgenommenen Form (voll) wirksam gewesen wäre.²⁾ So wird von Fischer z.B. die Umdeutung einer nichtigen Verpfändung einer Forderung in eine Sicherungsabtretung, die Larenz dem Grundsatz nach als ein wirtschaftliches Mehr ablehnt, für zulässig gehalten, wenn entsprechend dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Verpfändung die Sicherungsabtretung bzw. -über-eignung gewollt haben würden.³⁾ Fischer macht dabei allerdings die Einschränkung, daß sich "im allgemeinen nicht annehmen (lasse), daß ein Schuldner sich zu mehr habe verpflichten wollen, als wozu er sich verpflichtet hat".⁴⁾ Mit dieser Einschränkung rücken die Ansichten von Fischer und Larenz i.E. wiederum nahe zusammen. Nach beiden Ansichten ist nur ausnahmsweise die Umdeutung mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen unter der weiteren Voraussetzung zulässig, daß sie dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht.

Für die weitergehenden Ansichten bleibt zu klären, nach welchen Kriterien das Ersatzgeschäft ermittelt wird und ob diese dem subjektiven oder objektiven Tatbestand des § 140 BGB zuzuordnen sind.

Auch wenn insbes. nach der Ansicht Fischers die Ermittlung des Ersatzgeschäfts eine Frage des subjektiven Umdeutungstatbestandes ist, müssen danach dennoch objektive inhaltliche Voraussetzungen erfüllt sein, um § 140 BGB anwenden zu können. Denn auch nach der weitergehenden Ansicht geht es bei der Umdeutung

1) vgl. Siller, AcP 138, 144 in seinem Vorwort.

2) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 263; ähnlich Bürck, SchlHA 1973, 37, 40; mit Einschränkungen auch Schubert, JR 1978, 289, 290.

3) O. Fischer, FS Wach, S. 179, 263.

4) O. Fischer a.a.O.

darum, die wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele, die nach dem Willen der Parteien das nichtige Rechtsgeschäft hervorrufen sollte, in rechtlich zulässiger Form zu verwirklichen. Die absolute objektive Grenze der Umdeutung bilden somit die mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft angestrebten wirtschaftlichen und sonstigen Lebensziele der Parteien. Auch nach dieser Ansicht ist somit nicht die Umdeutung in ein Geschäft mit beliebigem Inhalt zulässig, wenn sich nur feststellen läßt, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ein solches Geschäft geschlossen haben würden. Denn im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB ist auch nach dieser Ansicht zunächst die Frage zu stellen, ob die Rechtsordnung ein anderes Rechtsgeschäft zur Verfügung stellt, mit dessen Hilfe die Parteien die mit dem nichtigen Rechtsgeschäft angestrebten wirtschaftlichen und sonstigen Ziele hätten erreichen können.

Die Beantwortung dieser Frage unterliegt objektiven Grundsätzen, nämlich der Feststellung des geeigneten Geschäfts an Hand der Rechtsordnung. Auch nach dieser weiten Ansicht muß also zunächst festgestellt werden, ob die Rechtsordnung ein geeignetes Geschäft kennt. Erst wenn diese Frage positiv beantwortet ist, ist weiter zu prüfen, ob die Geltung dieses (nach objektiven Grundsätzen ermittelten) Ersatzgeschäftes bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Auch nach dieser weiten Ansicht kann somit nach § 140 BGB nicht (irgendein beliebiges) Rechtsgeschäft Geltung finden, wenn nur anzunehmen ist, daß die Parteien dieses Geschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts abgeschlossen hätten. Das Ersatzgeschäft kann also nicht (nach rein subjektiven Kriterien) mit der Frage ermittelt werden, welches Geschäft die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit geschlossen hätten. Entscheidend ist vielmehr, ob die Rechtsordnung objektiv ein anderes Rechtsgeschäft kennt, mit dessen Hilfe die Parteien ihre Ziele hätten erreichen können. Erst dann kann gefragt werden, ob die Parteien dieses Geschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten. Auch nach diesen weitergehenden Ansichten lassen sich somit objektive und subjektive inhaltliche Voraussetzungen der Umdeutung unterscheiden. Sie gehen jedoch über die engeren An-

sichten insofern hinaus, als sie die Konversion im Rahmen der beabsichtigten wirtschaftlichen Ziele in ein anderes Rechtsgeschäft mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen, als sie das nichtige Geschäft, seine Wirksamkeit unterstellt, gehabt hätte, zulassen.

ff) Umdeutung als Um-Qualifikation

Nach Krampe ist die Umdeutung gem. § 140 BGB Auslegung i.S. einer Um-Qualifikation des Rechtsgeschäfts in ein wirksames Rechtsgeschäft.¹⁾ Er wendet sich mit einer scharfen Kritik gegen die herrschende Lehre und insbes. die Ansichten Sillers und Fischers, wonach die Konversion ein gegenüber der Auslegung eigenständiger "Rechtsbehelf der Umwandlung oder Umgestaltung" sei, "mit dem an die Stelle des von den Parteien gewollten, aber nichtigen Rechtsgeschäfts ein anderes, nur hypothetisch gewolltes Geschäft gesetzt werden kann, das Geschäft nämlich, das die Parteien gewollt hätten, wenn sie die Nichtigkeit des wirklich gewollten Geschäfts gekannt hätten".²⁾ Demgegenüber führt Krampe insbes. die in der Rechtsprechung anerkannten Konversionsfälle auf die Auslegungsgrundsätze nach §§ 133, 157 und § 2084 BGB zurück³⁾ und ist der Ansicht, die anerkannten Konversionsentscheidungen ließen sich "ebensogut als Auslegungsentscheidungen kennzeichnen".⁴⁾ § 140 BGB ordne dementsprechend nichts an, was nicht auch ohne diese Vorschrift zu beachten wäre. Sie sei deshalb "insofern überflüssig". Entsprechend diesem Ausgangspunkt löst sich Krampe von den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 140 BGB und differenziert insbes. nicht zwischen objektiven und subjektiven inhaltlichen Voraussetzungen der Umdeutung. "Durch die Konversion", argumentiert Krampe⁵⁾, "tritt an die Stelle der Qualifikation

1) Krampe, Konversion, S. 280ff, 286ff.

2) Krampe, Konversion, S. 280.

3) Krampe, Konversion, S. 282.

4) Krampe a.a.O.

5) Krampe, Konversion, S. 284.

des Rechtsgeschäfts, an die die Parteien gedacht haben mögen, die rechtlich zutreffende Qualifikation ihres rechtsgeschäftlichen Verhaltens". Die Konversion lasse sich daher als "Um-Qualifikation" kennzeichnen. Inhaltliche Voraussetzung für diese Um-Qualifikation ist nach Krampe nur, daß sich das Rechtsgeschäft von vornherein auch als das andere Geschäft qualifizieren lasse.

Dagegen kommt es nach Krampe nicht darauf an, ob das umqualifizierte Geschäft ähnliche oder weitergehende Rechtsfolgen hat, als das nichtige Rechtsgeschäft im Falle seiner Wirksamkeit erzeugt hätte. Dementsprechend hält er z.B. die Umdeutung einer Verfügung von Todes wegen in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, die z.B. Reinicke und Tiedtke als ein Mehr ablehnen, für zulässig und billigt u.a. die Entscheidung des BGH, in der ein Vermächtnis, das im Rahmen eines Erbvertrages gegeben war, in einen durch den Tod des Erblassers aufschiebend bedingt vollzogenen schenkweisen Erlaß einer Darlehensschuld umgedeutet worden ist.¹⁾ Auch umgekehrt hält er eine über die Auslegung nicht hinausgehende Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen, also z.B. einen Übergabevertrag in einen Erbvertrag, für zulässig.²⁾ Die Lehre Flumes von der Konversion als "qualitative Teilnichtigkeit" hält er deshalb für zu eng.³⁾ Wenn, so argumentiert Krampe⁴⁾, sowohl eine Auslegung als Verfügung von Todes wegen als auch als Rechtsgeschäft unter Lebenden möglich sei, so verdiene die Auslegung den Vorzug, bei welcher das Rechtsgeschäft Erfolg habe. Diese Vorgehensweise bezeichnete Krampe an anderer Stelle⁵⁾ als die "zutreffende Qualifikation", die in "der Anpassung der Intentionen der Parteien an die gesetzliche (und daher zulässige) Gestaltungsform" liege. Unter Umdeutung versteht

1) Krampe, Konversion, S. 184ff, 186f zu BGH JW 1978, 423 = WM 1978, 169.

2) Krampe, Konversion, S. 196.

3) Krampe, Konversion, S. 282 und 196ff, 198.

4) Krampe, Konversion, S. 187.

5) Krampe, Konversion, S. 205.

Krampe danach die "zutreffende"¹⁾, d.h. die zum Erfolg führende rechtliche Um-Qualifikation der Parteierklärungen. Dabei sieht er die Fälle "qualitativer Teilnichtigkeit" als Sonderfälle dieser Um-Qualifikation an, wobei das umqualifizierte Geschäft zugleich ein gültiger Bestandteil des nichtigen Geschäfts sei.²⁾

Es bleibt zu klären, unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen nach Krampe die Um-Qualifikation des als solchen nichtigen Geschäfts in ein wirksames zulässig ist, nach welchen Kriterien das umqualifizierte Geschäft zu ermitteln ist und ob sich hierbei objektive Voraussetzungen ergeben, die einen Vergleich mit den übrigen Ansichten und insbes. der herrschenden Lehre ermöglichen.

Krampe ermittelt das Ersatzgeschäft, in das das nichtige umqualifiziert, d.h. umgedeutet werden soll, danach, ob die Rechtsordnung ein anderes Rechtsgeschäft als zulässige rechtliche Handlungsform zur Verfügung stellt, mit dessen Hilfe die Parteien ihre Ziele hätten verwirklichen können. Er bringt dies zwar nicht besonders zum Ausdruck, sondern verweist auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB bzw. auf § 2084 BGB. Jedoch ist die objektive Geeignetheit des in Frage kommenden Rechtsgeschäfts zur Verwirklichung der angestrebten Ziele jedenfalls Voraussetzung dafür, daß sich die Parteierklärungen "auch", wie es Krampe fordert, als das Geschäft in umgedeuter Form qualifizieren lassen.

Unter dieser Voraussetzung, daß nämlich sich das Rechtsgeschäft auch als ein anderes, wirksames auslegen läßt, kennt Krampe objektive inhaltliche Grenzen der Umdeutung nicht: Das umqualifizierte (d.h. umgedeutete) Geschäft kann gegenüber dem nichtigen ein ungleichartiges aliud und ein rechtliches Mehr sein. Trotz der scharfen Kritik Krampes an der herrschenden Lehre und insbes. an der Ansicht Sillers und Fischers sowie der geradezu gegensätzlichen dogmatischen Ausgangsbasis seiner Konversionslehre zu den im übrigen vertretenen Ansichten führte seine Auffassung

1) Krampe, Konversion, S. 284.

2) Krampe, Konversion, S. 285.

im Ergebnis wesentlich weiter als diejenige Sillers und steht i.E. in etwa mit der von Fischer und Larenz vertretenen Meinung gleich.

gg) Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich somit die verschiedenen Ansichten zu der Frage, ob und ggf. inwieweit das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts entsprechen muß, wie folgt charakterisieren: Nach allen Ansichten, auch nach den weitergehenden, wird das Ersatzgeschäft, das nach § 140 BGB an Stelle des nichtigen gelten soll, nicht allein nach subjektiven Kriterien ermittelt, nämlich mit der Frage, welches Ersatzgeschäft die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit abgeschlossen hätten. Dies ergibt sich daraus, daß auch nach den weitergehenden Meinungen, insbes. Sillers und Fischers, die Umdeutung nur in ein solches Geschäft zulässig ist, das objektiv geeignet ist, die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die die Parteien mit der Vornahme des (nichtigen) Rechtsgeschäfts erreichen wollten, ganz oder teilweise zu verwirklichen. Erst im Anschluß an diese, nach objektiven Kriterien zu belegende Feststellung, daß nämlich die Parteien die mit dem (nichtigen) Geschäft beabsichtigten Ziele in der Form eines anderen Rechtsgeschäfts ganz oder teilweise hätten erreichen können, ist nach allen Ansichten Raum für die weitere Frage, "ob" anzunehmen ist, daß die Geltung dieses anderen objektiv geeigneten Geschäfts gewollt sein würde. Nach keiner Ansicht werden also durch Umdeutung die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien umgestaltet. Die Parteierklärungen werden nicht zu anderen gemacht; das Geschäft wird nicht ausradiert und durch den Richter neu geschrieben. Nach allen Ansichten geht es vielmehr darum, die Parteierklärungen, die, so wie sie vorliegen, als ein nichtiges Rechtsgeschäft anzusehen sind, rechtlich als ein anderes wirksames Rechtsgeschäft aufzufassen, nämlich als ein solches, mit dessen Hilfe die Parteien ihre Ziele hätten erreichen können. Soweit insbes. von Siller die Umdeutung als Umgestaltung aufgefaßt wird, bezieht

sich dies i.E. allein auf die Rechtsform des Geschäfts, nicht aber auf die Parteierklärungen selbst. Und soweit von Fischer die Ermittlung des Ersatzgeschäfts als eine Frage allein des subjektiven Umdeutungstatbestandes angesehen wird, ist es auch nach seiner Ansicht eine im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB zu prüfende, objektive Voraussetzung der Umdeutung, daß das andere Geschäft geeignet sein muß, die mit dem nichtigen Rechtsgeschäft angestrebten Ziele (und nicht irgendwelche anderen) ganz oder teilweise zu verwirklichen. Die oben¹⁾ aufgezeigte extrem weite Position wird auch von Fischer und Siller nicht vertreten. Die Kritik Krampes, der die herrschende Lehre in diesem extremen Sinn versteht, geht daher m.E. bzgl. des Grundverständnisses des § 140 BGB ins Leere, da die Meinungen insoweit übereinstimmen.

Die extrem enge Position wird ebenfalls lediglich im dogmatischen Ansatz, nicht aber in ihrer oben aufgezeigten²⁾ Konsequenz vertreten. So fordert insbes. auch Flume, der heute den Gedanken, das andere Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein, in wohl schärfster Form vertritt, mit diesem Erfordernis nicht, daß das andere Geschäft i.S. einer rechtsgeschäftlichen Teilregelung bereits in dem nichtigen Rechtsgeschäft vollständig enthalten sein müsse. Dies kann zwar nach allen Ansichten der Fall sein, ist aber nicht Voraussetzung der Umdeutung gem. § 140 BGB. Siller nimmt diese Fälle sogar von dem Anwendungsbereich des § 140 BGB aus, weil es zur Aufrechterhaltung der in dem nichtigen Geschäft steckenden Teilregelung einer Konversion nicht bedürfe.

Ist es nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß das andere Geschäft in dem nichtigen als rechtsgeschäftliche Teilregelung vollständig enthalten ist, so stellt sich die weitere Frage, nach welchen Kriterien das andere Geschäft, das nach § 140 BGB gelten soll, zu ermitteln ist. Hier ist nach allen Ansichten von der rechtsgeschäftlichen Regelung zu abstrahieren und der Inhalt des für die Umdeutung in Frage kommenden Ersatzgeschäftes mit folgender Frage zu ermitteln: Mit Hilfe welchen Rechts-

1) s. o. S. 112f.

2) s. o. S. 111f.

geschäfts, d.h. in welcher Rechtsform, hätten die Parteien den in der Form des vorgenommenen (nichtigen) Rechtsgeschäfts fehlgeschlagenen Willen ganz oder teilweise verwirklichen können? Ohne sachlichen Unterschied könnte die Frage auch lauten: Welches Rechtsgeschäft wäre objektiv nach der Rechtsordnung geeignet gewesen, die Ziele, die das (nichtige) Geschäft nach den Vorstellungen der Parteien hervorbringen sollte, ganz oder zumindest teilweise zu verwirklichen?

Keine Einigkeit besteht bezüglich der inhaltlichen Grenzen der Umdeutung. Hier lassen sich im wesentlichen drei Meinungen unterscheiden: Nach der engsten Ansicht¹⁾ darf das Geschäft in umgedeuteter Form keine weitergehenden rechtlichen Wirkungen haben, als es als das nichtige Rechtsgeschäft (seine Wirksamkeit unterstellt) erzeugt hätte. Weiterhin ist die Umdeutung in ein ungleichartiges Geschäft, insbes. die Konversion eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen (und umgekehrt) ausgeschlossen. Nach der Gegenansicht²⁾ kommt es auf den konkreten rechtsgeschäftlichen Inhalt der nichtigen Regelung nicht an, sondern allein darauf, ob die wirtschaftlichen Ziele der Parteien verwirklicht werden. Im Rahmen dieser wirtschaftlichen Ziele kann die Umdeutung nach dieser Ansicht zu weitergehenden Rechtsfolgen führen und z.B. den Schuldner mehr belasten als das nichtige Rechtsgeschäft, wenn dies dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht. Ebenso ist die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen (und umgekehrt) zulässig.³⁾ Nach der Mittelmeinung⁴⁾ ist die Umdeutung in ein ungleichartiges Geschäft, insbes. eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen zulässig. Andererseits ist nach dieser Ansicht jedoch die Umdeutung in ein anderes Rechtsgeschäft mit weitergehendem Inhalt und weitergehenden rechtlichen Folgen, als das nichtige Rechtsgeschäft im Falle seiner

1) vgl. insbes. Flume, dazu o. S. 113ff.

2) vgl. insbes. Larenz, dazu o. S. 125ff und Fischer, dazu o. S. 129ff.

3) i. E. auch Krampe, dazu o. S. 133ff.

4) vgl. insbes. Reinicke, dazu o. S. 118f und Tiedtke, dazu o. S. 118f ebenso z.B. Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 a dd.

Wirksamkeit gehabt hätte, ausgeschlossen. Die Mittelmeinung ist danach weiter als die enge Ansicht, indem sie die Umdeutung in ein ungleichartiges Geschäft zuläßt, und andererseits enger als die weite Ansicht, indem sie die Konversion in ein Geschäft mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen ausschließt.

Die weite und die Mittelmeinung unterscheiden sich also nur darin, daß die erstere ohne Rücksicht auf die rechtlichen Wirkungen des nichtigen Rechtsgeschäfts die Umdeutung im Rahmen der wirtschaftlichen Zielvorstellungen der Parteien zuläßt, während die Mittelmeinung (ebenso wie die enge Ansicht) darüber hinaus stets die Kontrollfrage stellt, ob das Ersatzgeschäft zu weitergehenden rechtlichen Wirkungen führt, als das (nichtige) Rechtsgeschäft gehabt hätte, wenn es wirksam gewesen wäre.

b) Rechtsprechung

aa) Enthalten sein

Auch die Rechtsprechung verlangt als objektive Tatbestandsvoraussetzung des § 140 BGB, daß das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen des anderen Geschäfts entsprechen müsse. Dazu findet sich in einigen Entscheidungen, ähnlich wie in der Rechtslehre, die Formulierung, das andere Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein. So wird z.B. gefordert, eine Umdeutung komme nur in Betracht, wenn "in dem nichtigen Rechtsgeschäft zugleich alle wesentlichen Merkmale des anderen Geschäfts ... enthalten sind".¹⁾ Die Umdeutung sei davon abhängig, heißt es in einer anderen Entscheidung²⁾, daß das nichtige Geschäft zugleich die Bestandteile des anderen Geschäfts "in sich schließe"³⁾ bzw. "enthalte"⁴⁾ oder auch

1) BGH NJW 1963, 339; ähnlich BGH LM Nr. 31 zu § 1025 ZPO (B1. 1).

2) BGHZ 19, 269, 275.

3) ähnlich BGHZ 26, 320, 329; BGH WM 1961, 87, 88; BGHZ 40, 218, 225; BAG NJW 1976, 2163, 2164.

4) RGZ 121, 99, 106; ähnlich BGHZ 20, 363, 370.

das Ersatzgeschäft "umfasse".¹⁾ Nach § 140 BGB müsse das Rechtsgeschäft, "so wie es vorliegt - also ohne Ergänzung oder Umänderung -, die Tatbestandsmerkmale eines anderen (gültigen) Rechtsgeschäfts erfüllen".²⁾ Die Erklärung müßte "der Sache nach die Erfordernisse eines gültigen Geschäfts erfüllen".³⁾

In vielen Fällen, in denen die Rechtsprechung die Umdeutung zugelassen hat, trifft dies zu: So liegt es z.B. in der oben bereits angesprochenen Entscheidung, in der der BGH⁴⁾ die Umdeutung eines auf die Errichtung einer OHG gerichteten Vertrages, bei dem es an einem Handelsgewerbe fehlte (§ 105 HGB), als Vertrag zur Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufrechterhalten hat. Eine OHG ist gem. § 105 Abs. 1 HGB nichts anderes als eine spezielle rechtliche Ausgestaltung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nämlich eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet sein muß. Ein auf die Errichtung einer OHG gerichteter Gesellschaftsvertrag, der gem. § 306 BGB nichtig ist⁵⁾, weil der Zweck der Gesellschaft nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, trägt somit alle gesetzlichen Bestandteile und Tatbestandsvoraussetzungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in sich. Ein eigener Wechsel i.S.d. Art. 75ff WG hat ein Schuldversprechen mit den Verschärfungen des Wechselrechts zum Gegenstand. Fehlt es an der Wechselklausel (vgl. Art. 75 Nr. 1 WG), so bleibt das abstrakte Schuldversprechen ohne die wechselrechtlichen Besonderheiten übrig. Der nichtige eigene Wechsel enthält somit als dessen spezielle Ausformung ein Schuldversprechen als Grundform.⁶⁾ Die Umdeutung eines eigenen Wechsels in ein Schuldversprechen ist deshalb auch in der Rechtsprechung zu Recht anerkannt.⁷⁾

1) RG JW 1910, 801, 802.

2) OLG Celle NJW 1959, 1971.

3) RGZ 129, 122, 123, 124.

4) BGHZ 19, 269ff.

5) vgl. zur Frage der Nichtigkeit in Abgrenzung zur lediglich falschen Qualifikation oben S. 85ff.

6) vgl. Flume, AT II, S. 597.

7) RGZ 48, 223ff; RGZ 136, 207ff; dazu auch oben S. 102.

Weiterhin gehört in diesen Zusammenhang auch die Umdeutung eines einseitigen Erbeinsetzungsvertrages in die darin enthaltene Einzelverfügung, die auch in der Rechtsprechung für zulässig erachtet wird.¹⁾ Der einseitige Erbvertrag besteht aus einer letztwilligen Verfügung des Erblassers mit (erb-)vertraglicher Bindungswirkung. Das umgedeutete Geschäft, nämlich die Erbeinsetzung, ist als Bestandteil des insgesamt Gewollten, nämlich des Erbvertrages, in dem nichtigen Rechtsgeschäft enthalten. Ebenso kann man sagen, daß in einem Vertrag, der auf die Bestellung eines Erbpachtrechts i.S.d. Art. 63 EGBGB gerichtet ist, ein Pachtvertrag i.S.d. § 581 BGB enthalten ist, so daß eine Umdeutung in Frage kommen kann.²⁾ In einem Falle, den das RG³⁾ zu entscheiden hatte, hatten die Parteien ein Wiederkaufsrecht an einem Grundstück vereinbart, das bis zum Jahre 1944 sollte ausgeübt werden können. Der Vertrag war wegen Formmangels gem. §§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB nichtig, weil die Annahmeerklärung nicht ordnungsgemäß beurkundet war. Das RG⁴⁾ hielt den Vertrag als eine einseitige Einräumung eines Optionsrechts dergestalt aufrecht, daß "derjenige, der sich zur Übertragung von Grundeigentum verpflichtet, dem anderen zunächst nur ein Vertragsangebot i.S.d. §§ 145 flg. BGB. macht und ihm eine längere Annahmefrist gewährt. So könnte auch im vorliegenden Falle", heißt es weiter⁵⁾, "zum mindesten aufgrund einer Umdeutung gemäß § 140 BGB., die Verpflichtungserklärung (des Veräußerers) ... als ein bloßes Vertragsangebot aufgefaßt werden, das keiner sofortigen Annahme bedurfte, sondern bis zum Ablauf des Jahres 1944 bindend blieb. (Denn) .. die Anbietende (war) auf alle Fälle bereit, sich bis zum Ablauf des Jahres 1944 zu binden ...". Auch in diesem Falle kann man sagen, daß das bindende Vertragsangebot als Teil in dem nichtigen Vertrag enthalten war. In einem vergleichbaren Fall hat der BGH⁶⁾ die

1) KG OLG Rspr. 35, 19, 20 mit Hinweis auf RGZ 31, 112; 35, 95.

2) RG Recht 1926, Nr. 393.

3) RGZ 169, 65ff.

4) RGZ 169, 65, 71.

5) RGZ a.a.O.

6) BGH WM 1961, 353, 354 = DB 1961, 469; zustimmend Pikart, WM 1963, 1018, 1024.

Vereinbarung eines Ankaufsrechts an einem Grundstück, bei dem die Annahmeerklärung des Erwerbers nicht beurkundet worden war, als bloßes Angebot des Veräußerers zum Abschluß eines Kaufvertrages über das Grundstück gem. § 140 BGB aufrechterhalten. Weiterhin hat der BGH¹⁾ einen Automatenaufstellvertrag, der wegen der darin vorgesehenen Ausschließlichkeitsbindung des Gastwirts an den Aufsteller gem. § 34 GWB der Schriftform bedurfte, die jedoch nicht eingehalten war, in einen Vertrag ohne die Ausschließlichkeitsbindung umgedeutet.

In all diesen Fällen ist das umgedeutete Geschäft in dem nichtigen als rechtsgeschäftliche Teilregelung vollständig enthalten. Es kann aus der nichtigen Regelung, so wie sie die Parteien vorgenommen haben, herausgelöst werden, weil entweder die Vertragsklausel, die die Gesamtnichtigkeit zur Folge hat, gestrichen wird und die Restregelung ohne diese Klausel aufrechterhalten bleibt (Umdeutung eines Automatenaufstellvertrages mit Ausschließlichkeitsbindung in einen solchen ohne Ausschließlichkeitsbindung), oder aber die Parteierklärungen zwar nicht den besonderen Anforderungen einer speziellen rechtlichen Ausformung eines Rechtsgeschäftstyps entsprechen, jedoch die Voraussetzungen des betreffenden Grundtyps erfüllen (Umdeutung eines eigenen Wechsels in ein bürgerlich rechtliches Schuldversprechen).

Dieses Enthaltensein des Ersatzgeschäftes in der nichtigen Regelung wird aber auch in der Rechtsprechung nicht als Voraussetzung der Umdeutung angesehen. Insbesondere kann in den oben zitierten Entscheidungen, die fordern, daß das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein müsse²⁾, nicht stets davon die Rede sein, daß die jeweiligen umgedeuteten Geschäfte i.S. einer rechtsgeschäftlichen Teilregelung in dem nichtigen enthalten gewesen wären. So ist z.B. in einem Versprechen auf Überlassung von Wohnungseigentum nicht zugleich als rechtsgeschäftliche Regelung das Versprechen zur Einräumung eines Dauerwohnrechts³⁾ enthalten. Ebenso steckt in einem nichtigen Übergabe-

1) BGH NJW 1980, 2517ff.

2) s. o. S. 139ff.

3) vgl. zu diesem Fall BGH NJW 1963, 389ff; o. S. 139.

vertrag an einem Grundstück kein Erbvertrag. Gleichwohl hat der BGH¹⁾ die Umdeutung zugelassen und ausgeführt: "Die Vorschrift des § 140 BGB setzt keine gleichartigen Rechtsgeschäfte voraus. Sie spricht lediglich von einem nichtigen Rechtsgeschäft ohne Unterscheidung, ob es unter Lebenden oder von Todes wegen vorgenommen worden ist. Es bestehen deshalb ... keine rechtlichen Bedenken dagegen, den ... Übergabevertrag nach § 140 BGB als einen Erbvertrag aufrechtzuerhalten". Soweit in der Rechtsprechung gefordert wird, das andere Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein, ist dies also nicht dahin zu verstehen, daß das andere Geschäft als rechtsgeschäftliche Teilregelung Bestandteil des nichtigen sein müsse. Als ein positives Kriterium, mit dessen Hilfe der Inhalt des Ersatzgeschäftes festgestellt werden könnte, handhabt auch die Rechtsprechung die Formel vom "enthalten sein" nicht. Ihr wird vielmehr nur die Bedeutung eines negativen Abgrenzungskriteriums beigemessen, nämlich daß das andere Geschäft nicht über das nichtige hinausgehen dürfe. So heißt es in der grundlegenden Entscheidung BGHZ 19, 269²⁾, auf die sich viele spätere Entscheidungen ausdrücklich beziehen³⁾, im Anschluß daran, daß das nichtige Geschäft zugleich die Bestandteile des anderen in sich schließen müsse: Die Umdeutung "darf also nicht dazu führen, daß an die Stelle des nichtigen Geschäfts ein solches gesetzt wird, das über den Erfolg des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgeht".⁴⁾ Dementsprechend heißt es in der Entscheidung BGHZ 20, 363ff⁵⁾: Die Umdeutung setze voraus, daß die Bestandteile des anderen in dem nichtigen enthalten seien, "daß insbesondere das andere Rechtsgeschäft in seinem Tatbestand und seinen Wirkungen nicht über das nichtige Rechtsge-

1) BGHZ 40, 218ff; dazu o. S. 139 Fn. 3; ebenso BGHZ 8, 23, 24 Umdeutung eines gem. § 310 BGB nichtigen Übertragungsvertrages in einen Erbvertrag.

2) dazu vgl. o. S. 139 Fn. 2.

3) z.B. BGHZ 26, 320, 329; BGH JZ 1965, 215, 216; BGH WM 1961, 87, 88; OLG Celle NJW 1959, 1971, 1973; BAG DB 1975, 214.

4) BGHZ 19, 269, 275; Hervorhebung durch den Verfasser.

5) BGHZ 20, 363, 370f; dazu o. S. 139 Fn. 4.

schäft hinausgeht". Auch in dem Fall BGH WM 1961, 87ff hat der BGH im Anschluß an das Berufungsurteil die Umdeutung einer gem. § 2302 BGB nichtigen Verpflichtung zum Abschluß eines Erbvertrages, durch den dem Enkel ein Grundstück zugewandt werden sollte, in einen Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB mit der Erwägung abgelehnt, die umzudeutende Vereinbarung müsse zugleich die Bestandteile des Ersatzgeschäftes in sich schließen. Diese Voraussetzungen sah der BGH als nicht erfüllt an, weil die im Vergleich erwähnte Verpflichtung zum Abschluß eines Erbvertrages ganz auf die Zukunft abgestellt gewesen sei und der betreffende Vertragsteil sich noch nicht verpflichtet habe, das Grundstück an den Enkel zu übertragen.¹⁾ Der BGH hat also die Umdeutung abgelehnt, weil das umgedeutete Geschäft, nämlich der Vertrag zugunsten Dritter, die Verpflichtungen des Schuldners gegenüber den mit dem (nichtigen) Vergleich beabsichtigten Verpflichtungen erhöht hätte. Auch in dem Dauerwohnrechtsfall²⁾ hat der BGH zunächst ausgeführt, eine Umdeutung komme nur in Betracht, "falls in dem nichtigen Rechtsgeschäft zugleich alle wesentlichen Merkmale des anderen Geschäfts, in das es umgedeutet werden soll, enthalten sind".³⁾ Unmittelbar im Anschluß daran heißt es aber: "Wieso das Dauerwohnrecht i.S. der §§ 31ff. WEG die Grenzen des Miteigentums (§§ 1008ff. BGB) und des Wohnungseigentums (§§ 1ff. WEG) teilweise überschreitet, hat die Revision nicht darzutun vermocht ..." Das Wohnungseigentum stelle vielmehr ein "bloßes Weniger" dar.⁴⁾ Wie diese Ausführungen zeigen, versteht der BGH die Formel vom "enthalten sein" nur i.S. eines Verbots, daß nämlich das Ersatzgeschäft das nichtige nicht überschreiten dürfe. So heißt es in der Entscheidung a.E.⁵⁾ in anderem Zusammenhang, das Ersatzgeschäft dürfe "in seinen Wirkungen niemals über diejenigen des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgehen".

1) BGH WM 1961, 87, 88, 89.

2) BGH NJW 1963, 339ff; dazu o. S. 139 Fn. 1.

3) BGH NJW 1963, 339.

4) BGH NJW 1963, 339, 340.

5) BGH a.a.O.

bb) Kein aliud

Als ein weiteres inhaltliches Erfordernis, das neben dem Gebot, das andere Geschäft dürfe nicht über das nichtige hinausgehen, gebraucht wird, findet sich in der Rechtsprechung die Formulierung, die Vereinbarung, in die umgedeutet werden solle, müsse "die gleiche oder doch mindestens gleichartige materiell-rechtliche Tragweite" haben.¹⁾ Diese Voraussetzung wird auch i.S. eines negativen Abgrenzungskriteriums formuliert, nämlich das Ersatzgeschäft dürfe keinen "wesentlich anderen Inhalt"²⁾ haben als das nichtige Geschäft bzw. "nichts inhaltlich Abweichendes"³⁾ sein.

Mit dieser hilfsweise angeführten Begründung hat der BGH⁴⁾ die Umdeutung eines (nicht zustande gekommenen) Vorvertrages über die Gründung einer GmbH in einem Beteiligungsversprechen abgelehnt. Auch die Umdeutung einer Rücktrittserklärung in eine Anfechtungserklärung hat der BGH⁵⁾ abgelehnt, weil sie "sich schon wegen der Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen ..." verbiete. "Bei wirksamen Rücktritt", heißt es in der Entscheidung⁶⁾, "erfolgt die Rückgabe nach Maßgabe der §§ 346ff. BGB, während eine ... Irrtumsanfechtung dazu führt, daß die Parteien sich ihre Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen zurückzugewähren haben. Hinzu kommt, daß der Erklärungsgegner unter den Voraussetzungen des § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens fordern kann". In einer anderen Entscheidung⁷⁾ heißt es, die Umdeutung dürfe "nicht zu einer Umänderung oder Ergänzung des abgeschlossenen Geschäfts führen". Weil diese Voraussetzungen nicht erfüllt seien, hat der BGH⁸⁾ die Umdeutung einer

1) BGHZ 76, 16, 28.

2) BGH WM 1973, 67, 68; ähnlich OLG Hamm NJW 1974, 60, 61.

3) BGH NJW 1963, 339, 340.

4) BGH WM 1973, 67, 68.

5) BGH BB 1965, 1083; ebenso RGZ 105, 206, 208.

6) BGH a.a.O.

7) BGH FamRZ 1962, 464, 467.

8) BGH a.a.O.

schenkweise erteilten Abtretung einer Forderung, die mit öffentlichen Abgaben belastet war, in eine letztwillige Verfügung abgelehnt, weil bei einer Erbeinsetzung der Erbe die Abgaben immer zahlen müsse, während bei dem beabsichtigten Rechtsgeschäft die Klausel enthalten gewesen sei, daß der Zessionar die Abgaben erst ab Vollendung des 18. Lebensjahres tragen sollte.

Soweit in der Rechtsprechung das Erfordernis gleichartiger Rechtsfolgen aufgestellt wird, bedeutet dies nicht, daß das nichtige und das umgedeutete Rechtsgeschäft die gleichen Rechtsfolgen haben müssen. Das ergibt sich aus den Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung das Verbot der Andersartigkeit zunächst aufgestellt und die Umdeutung zugelassen hat. So hat z.B. der BGH in der oben zitierten Entscheidung¹⁾ die Zusage von Wohnungseigentum in ein Dauerwohnrecht umgedeutet und ausgeführt, das Dauerwohnrecht stelle gegenüber dem Wohnungseigentum "nichts inhaltlich Abweichendes, sondern ein bloßes Weniger dar".²⁾ In der rechtsgeschäftlichen Regelung unterscheidet sich jedoch das Wohnungseigentum von dem Dauerwohnrecht erheblich. Ähnlich hat der BGH in der o.a. Entscheidung³⁾ die Umdeutung einer (nichtigen) Verpflichtung einer Gemeinde, einen Bebauungsplan nach bestimmten Kriterien zu erstellen, in die Übernahme eines Planungsrisikos zugunsten des Vertragspartners befürwortet. In der Begründung heißt es⁴⁾: "Bei dieser Prüfung (ob nämlich das umgedeutete Geschäft die gleiche oder doch mindestens gleichartige materiell-rechtliche Tragweite wie das nichtige habe) ist ... auf den Gesamtvertrag abzustellen. Wenn es sich ergeben sollte, daß die (Klägerin) ... letztlich nur gegen die mit einem abweichenden Bebauungsplanverlauf verbundenen Vermögensnachteile gesichert werden sollte, würde eine Umdeutung (der nichtigen Planungsverpflichtung) in eine Übernahme

1) BGH NJW 1963, 339; dazu o. S. 139 und S. 144.

2) BGH NJW 1963, 339, 340.

3) BGHZ 76, 16ff; dazu s. o. S. 145; zustimmend Larenz, AT, S. 457 Fn. 40.

4) BGHZ 76, 16, 28.

des Planungsrisikos durch die Gemeinde den Gesamtcharakter des Vertrages nicht entscheidend verändern ..." Wie diese Ausführungen zeigen, entscheidet sich die Frage, ob das umgedeutete Geschäft die gleiche oder doch mindestens gleichartige materiell-rechtliche Tragweite hat wie das nichtige, und ob sich der Gesamtcharakter nicht entscheidend verändert, danach, ob der Zweck, den die Parteien mit dem Abschluß des nichtigen Vertrages verfolgt haben, nämlich die mit einem abweichenden Planungsverlauf verbundenen Vermögensnachteile abzusichern, durch das umgedeutete Geschäft erreicht wird. Auf eine Identität oder Gleichheit der rechtsgeschäftlichen Regelung und der Rechtsfolgen, d.h. der konkreten rechtsgeschäftlichen Gestalt des nichtigen und des anderen Geschäfts, kommt es dagegen nach diesen Ausführungen nicht an. Im Ergebnis versteht somit der BGH in der angeführten Entscheidung die zunächst i.S. eines positiven inhaltlichen Erfordernisses aufgestellte Voraussetzung, daß nämlich das Ersatzgeschäft die gleiche oder doch gleichartige materiell-rechtliche Tragweite wie das nichtige haben müsse, nur so, daß das andere Geschäft objektiv geeignet sein muß, die mit dem nichtigen Geschäft verfolgten Ziele ganz oder teilweise zu verwirklichen.

Das Erfordernis der Gleichartigkeit der Rechtsfolgen, wie es in der Rechtsprechung angewandt wird, läßt sich daneben auch als negatives inhaltliches Kriterium auffassen, nämlich als das Verbot der Umdeutung in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden Wirkungen. Dies ergibt sich aus den oben angesprochenen Entscheidungen¹⁾, in denen die Rechtsprechung eine Umdeutung wegen der Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen des betreffenden Ersatzgeschäftes abgelehnt hat. Dort hätte das jeweilige Ersatzgeschäft gegenüber dem nichtigen ein Mehr bedeutet: So ist das Beteiligungsversprechen mehr als ein Vorvertrag, der noch nicht zustandegekommen war.²⁾ Denn gescheiterte Vertragsverhandlungen erzeugen keine rechtliche Bindung. Der Rücktritt des Vertrages³⁾ bewirkt, daß das Schuldverhältnis in ein Rückgewähr-

1) s. o. S. 145 und die folgenden Fußnoten.

2) vgl. o. S. 145 (BGH WM 1973, 67ff).

3) vgl. o. S. 145 (BGH BB 1965, 1083 und RGZ 105, 206, 208).

schuldverhältnis umgewandelt wird; die Anfechtung hat dagegen zur Folge, daß das Schuldverhältnis rückwirkend vernichtet wird, § 142 BGB. Das Verbot der Umdeutung mit weitergehenden Belastungen lag offenbar auch der Entscheidung des BGH in FamRZ 1962, 464ff¹⁾ zugrunde, da der BGH als entscheidendes Argument die Umdeutung des Schenkungsversprechens in eine letztwillige Verfügung mit der Begründung abgelehnt hat, daß der Beschenkte im Falle der Erbeinsetzung bereits vor Vollendung seines 18. Lebensjahres mit den betreffenden öffentlichen Abgaben, die mit der verschenkten Forderung verbunden waren, belastet worden wäre.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden: Soweit in der Rechtsprechung gefordert wird, das andere Geschäft bzw. dessen Tatbestand oder Bestandteile müßten in dem nichtigen enthalten sein, ist dies nicht dahin zu verstehen, daß das andere Geschäft als rechtsgeschäftliche Teilregelung oder aber die Rechtsfolgen des anderen Geschäfts in dem nichtigen enthalten sein müßten. Dies kann zwar auch nach der Rechtsprechung der Fall sein, ist aber nicht Voraussetzung der Umdeutung. Nach der Rechtsprechung bedeutet das Erfordernis nur, daß das andere Geschäft nicht über die Wirkungen des nichtigen hinausgehen dürfe. Soweit in der Rechtsprechung gefordert wird, das andere Geschäft dürfe nichts inhaltlich Abweichendes sein, bedeutet dies einerseits, daß das Ersatzgeschäft geeignet sein muß, die angestrebten Ziele ganz oder teilweise zu verwirklichen, und andererseits, daß das umgedeutete Geschäft keine weitergehenden Wirkungen als das nichtige haben darf. Ein positives Kriterium, mit dessen Hilfe der Inhalt des in Frage kommenden Ersatzgeschäftes ermittelt werden könnte, läßt sich somit dem Erfordernis des Enthaltenseins und der Gleichartigkeit der Rechtsfolgen nicht entnehmen.

Auch die Rechtsprechung leitet somit das in Frage kommende Ersatzgeschäft nicht aus dem Inhalt und der rechtsgeschäftlichen Regelung des nichtigen Geschäfts ab, sondern bestimmt dieses danach, welches Geschäft anstelle des nichtigen geeignet gewesen wäre, die von den Parteien angestrebten rechtlichen und

1) vgl. o. S. 145.

wirtschaftlichen Ziele ganz oder teilweise zu verwirklichen. In einigen Entscheidungen kommt dies noch deutlicher als in den vorgenannten zum Ausdruck: So hat der BGH¹⁾ die Umdeutung einer nichtigen Nachfolgeklausel, mit der die rechtsgeschäftliche Zuwendung eines Gesellschaftsanteils beim Tode eines Gesellschafters zugunsten eines Dritten gewollt und der Dritte an dieser Regelung nicht beteiligt war, weshalb der Vertrag ein Vertrag zu Lasten Dritter war, in eine sog. Eintrittsklausel zugelassen, die dem Begünstigten nicht die Gesellschaftstellung unmittelbar einräumt, sondern ihm nur das Recht gewährt, in die Gesellschaftsposition des Erblassers einzutreten. Denn, so hat der BGH ausgeführt²⁾, die Eintrittsklausel sei "das geeignete rechtsgeschäftliche Instrument ..., um ... dem ... Bedürfnis der Gesellschafts Rechnung zu tragen, einen außenstehenden Dritten mit sofortiger gesellschaftsinterner Verbindlichkeit zum Nachfolger zu bestimmen oder um eine solche Bestimmung in der Zukunft zu ermöglichen. Sind daher rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln ... gewollt, sind sie in der Regel in Eintrittsklauseln umzudeuten und auf diese Weise mit dem Gesellschafterswillen in Einklang zu bringen". In einer anderen Entscheidung³⁾ hat der BGH die in einem Testament enthaltene letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Kommanditistenanteil dem Erben ohne gesellschaftsvertraglichen Rückhalt zugewandt hatte, in ein Vermächtnis zur Einräumung einer Unterbeteiligung umgedeutet. In der Begründung heißt es⁴⁾, diese Regelung ermögliche es dem Erben, "wenigstens im wirtschaftlichen Ergebnis ähnlich (an der Entwicklung des Gesellschaftsanteils) teilzunehmen, wie es der Erblasser - wenn auch durch eine andere rechtliche Regelung - hatte erreichen wollen".

cc) Kein plus

Bislang wurden Entscheidungen angesprochen, in denen die Rechtsprechung forderte, das Ersatzgeschäft müsse in dem nichtigen

1) BGH NJW 1977, 1339ff.

2) BGH NJW 1977, 1339, 1341.

3) BGHZ 50, 316ff.

4) BGHZ 50, 316, 319.

enthalten sein und/oder müsse die gleiche oder gleichartige materiell-rechtliche Tragweite, d.h. gegenüber dem nichtigen Geschäft nichts Abweichendes, sein.¹⁾ In beiden Fallgruppen wird zum Teil neben diesen Erwägungen gefordert, das umgedeutete Geschäft dürfe nicht über das nichtige Geschäft hinausgehen.²⁾ In anderen Entscheidungen stellt die Rechtsprechung allein auf das letztere Erfordernis³⁾ ab. In den weitaus meisten Fällen, in denen die Rechtsprechung die Konversion zugelassen hat, führt die Umdeutung im Ergebnis allenfalls zu gleichen, nicht aber zu höheren Belastungen des Schuldners. Dagegen wird die Umdeutung abgelehnt, wenn das in Frage kommende Ersatzgeschäft ein Mehr gegenüber dem nichtigen bedeuten würde.

So hat die Rechtsprechung z.B. die Umdeutung einer Verpfändung⁴⁾ bzw. Abtretung⁵⁾ in ein Zurückbehaltungsrecht und einer Sicherungsabtretung in eine Verpfändung⁶⁾ zugelassen. Dagegen hat das RG die Umdeutung einer nichtigen Forderungsverpfändung in eine Sicherungszession i.E. abgelehnt.⁷⁾ Ebenso hat die Rechtsprechung ein dinglich gewolltes Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht als schuldrechtliche Vereinbarung über ein Wiederkaufsrecht aufrechterhalten⁸⁾, denn, so hat der BGH ausgeführt⁹⁾, das "schuldrechtliche Wiederkaufsrecht geht nicht weiter als das gewollte dingliche Wiederkaufsrecht ... Selbst wenn es ein solches Sa-

1) s. o. S. 139ff und 145ff.

2) s. o. S. 143f und 147f.

3) BGHZ 50, 316, 319; OLG Hamm NJW 1974, 60, 61; OLG Düsseldorf WM 1973, 403, 409.

4) vgl. z.B. BGHZ 4, 138 = NJW 1950, 784; RGZ 51, 83ff; RGZ 66, 24ff; RGZ 124, 28ff; KG JW 1919, 117.

5) BGH NJW 1968, 1674, 1675.

6) BGH VersR 1953, 469.

7) RGZ 79, 306, 308; ebenso: Münch Komm-Damrau § 128o Rdn. 11; Erman-Ronke § 128o Rdn. 2; Soergel-Augustin § 128o Rdn. 3; ebenso für Verpfändung einer Sache in eine Sicherungsübereignung BGH WM 1956, 258, 259; Reinicke/Tiedtke, JA 1984, 202, 203; Pikart, WM 1959, 794, 797; Serick, Eigentumsvorbehalt II, § 2o III 4, S. 142, 143.

8) BGH JZ 1965, 215f.

9) BGH JZ 1965, 215, 216.

chenrecht gäbe und dagegen verstoßen werden könnte, müßte im Falle einer Rechtsverletzung mit dem ganzen Vermögen wie beim schuldrechtlichen Wiederkaufsrecht gehaftet werden ..." Die Verpflichtung, ein Recht einem anderen zur Ausübung zu überlassen, erlegt demjenigen, der das Recht (unzulässigerweise) übertragen wollte, nicht mehr Verpflichtungen auf. Deshalb wird die Umdeutung der Abtretung eines Nießbrauchs in die Verpflichtung zur Überlassung des Rechts lediglich zur Ausübung in der Rechtsprechung als zulässig angesehen.¹⁾ Ähnlich kann die unwirksame isolierte Abtretung des Wandlungsrechts in die Ermächtigung umgedeutet werden, das Wandlungsrecht des Käufers im eigenen Namen geltend zu machen.²⁾ Das OLG Karlsruhe hat in einer bereits in anderem Zusammenhang angesprochenen Entscheidung³⁾ die beabsichtigte zeitlich begrenzte Übertragung der elterlichen Gewalt in einem gem. § 1671 BGB a.F.⁴⁾ dem Vormundschaftsgericht zu unterbreitenden Elternvorschlag in die Übertragung der Ausübung der elterlichen Gewalt für die beabsichtigte Zeit umgedeutet. Auch in anderen Fällen hat die Rechtsprechung die auf die Begründung oder Übertragung eines dinglichen Rechts gerichtete nichtige Vereinbarung als die entsprechende schuldrechtliche Abrede aufrechterhalten. So ist z.B. ein dingliches Vorkaufsrecht mit festem Preis, das gem. § 1098 BGB i.V.m. § 505 Abs. 2 BGB nichtig ist, in ein durch Auflassungsvormerkung zu sicherndes schuldrechtliches Vorkaufsrecht mit Festpreis umgedeutet worden.⁵⁾ Der BGH⁶⁾ hat weiterhin z.B. eine nichtige Abtretung in eine Einziehungsermächtigung⁷⁾ und eine gegen § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbauRVO verstoßende dingliche, in Form einer Reallast gekleidete Abrede über eine künftige Neufestsetzung des Erbbauzinses, wobei der jeweilige Wert des Grund-

1) RGZ 159, 193, 203; RG JW 1910, 801, 802 = WarnR 1910 Nr. 317.

2) BGH DB 1977, 813, 814.

3) OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731, 1732; dazu o. S. 10.

4) dazu vgl. Palandt-Diederichsen (35. Aufl., 1976) § 1671 Anm. 2.

5) RGZ 104, 122, 124.

6) BGHZ 22, 220 = Rpfleger 1957, 12, 14f (insoweit nicht in BGHZ 22, 220 abgedruckt).

7) BGHZ 68, 118, 125.

stücks Bemessungsgrundlage sein sollte, in eine durch Vormerkung zu sichernde schuldrechtliche Vereinbarung auf Neufestsetzung des Erbbauzinses umgedeutet.

Eine nichtige Anfechtungserklärung kann nach der Rechtsprechung ggf. in eine Rücktritts- oder Kündigungserklärung¹⁾ umgedeutet werden, nicht aber kann umgekehrt eine unwirksame Rücktrittserklärung oder eine Kündigungserklärung als eine Anfechtungserklärung aufrechterhalten werden.²⁾ Wenn eine Eigentumsübertragung daran scheitert, daß der Veräußerer z.B. wegen eines noch bestehenden Eigentumsvorbehalts seines Lieferanten nicht Eigentümer war, so kann ggf. die nichtige Verfügung als Übertragung der Anwartschaft des Eigentumsvorbehaltsverkäufers aufrechterhalten werden.³⁾ Denn, so heißt es in einer Entscheidung des BGH⁴⁾, "die Anwartschaft ist ... nicht etwas anderes, sondern ein Weniger, so daß der Erwerber ... wenigstens die Anwartschaft auf das Eigentum erhält". Die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung ist ebenfalls anerkannt⁵⁾, nicht aber der umgekehrte Fall.⁶⁾ Ebenso wenig kann eine unwirksame ordentliche oder außerordentliche Kündigung in eine Anfechtungserklärung umgedeutet werden.⁷⁾ So hat das BAG⁸⁾ die Umdeutung einer unzulässigen ordentlichen Kündigung in eine befristete außerordentliche

1) BGH NJW 1975, 1700, 1701; OLG Hamm VersR 1981, 275.

2) RGZ 105, 206, 208; BAG NJW 1976, 592.

3) BGH LM Nr. 11 a zu § 929 BGB; OLG Hamm NJW 1981, 550.

4) BGH LM Nr. 11 a zu § 929 BGB, Bl. 2.

5) vgl. z.B. BAG BB 1972, 267 = WM 1972, 267 = NJW 1972, 600; BAG JZ 1976, 323 = NJW 1976, 2366; LG Mannheim NJW 1970, 328; LG Hannover ZMR 1971, 377; RGZ 105, 132, 133; RGZ 122, 38, 39; RAGE 14, 8, 12; BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG; ebenso RAGE 47, 143, 146; RAG ARS 36, 49, 51; RAG ARS 21, 42, 45f m. Anm. v. Dersch.

6) BAG DB 1975, 214.

7) BAG NJW 1976, 592.

8) BAG DB 1975, 214.

Kündigung mit der Begründung abgelehnt, ein nichtiges Rechtsgeschäft könne zwar in ein anderes umgedeutet werden, "das gleiche oder weniger weitgehende Folgen hat. Das Ersatzgeschäft darf jedoch niemals in seinen Wirkungen über diejenigen des ursprünglich beabsichtigten Geschäfts hinausgehen. Gegenüber einem Arbeitnehmer, für den der § 13 Abs. 1 KSchG gilt, würde aber eine außerordentliche Kündigung ... deshalb weitergehende Wirkungen ... als eine unwirksame ordentliche Kündigung (haben), weil sie nicht aus "anderen Gründen" (i.S.d.) § 13 Abs. 3 KSchG endgültig unwirksam wäre, sondern nach § 7 KSchG rechtswirksam werden könnte, wenn sie nicht (fristgerecht gemäß § 3 KSchG) im Wege der Feststellungsklage angegriffen wird".¹⁾

Während die Umdeutung eines Vertrages in einen Vorvertrag zum Abschluß dieses Vertrages denkbar ist, kann umgekehrt ein Vorvertrag nicht als Hauptvertrag aufrechterhalten werden.²⁾ Denn der Hauptvertrag bindet die Vertragsparteien bereits endgültig, während durch den Vorvertrag die Beteiligten lediglich verpflichtet sind, diese Bindung durch den Abschluß des Hauptvertrages erst herbeizuführen. "Für den Beklagten", hat das RG³⁾ mit Recht ausgeführt, "der lediglich einen Vorvertrag geschlossen hat, lag keine Veranlassung vor, teilweise schon endgültige Vereinbarungen zu treffen".

Weiterhin ist die Umdeutung von Rechtsgeschäften unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen in der Rechtsprechung anerkannt. So ist z.B. ein nichtiges Schenkungsversprechen in ein Testament⁴⁾ und ein gem. § 310 BGB nichtiger Übertragungsvertrag, in dem der Übergeber sein gegenwärtiges und künftiges Vermögen gegen ein Entgelt veräußerte, um seine Vermögensverhältnisse für seinen Tod zu ordnen, in einen Erbvertrag⁵⁾ um-

1) BAG DB 1975, 214.

2) RGZ 110, 327ff; ähnlich BGH WM 1961, 87; BGH LM Nr. 31 zu § 1025 ZPO.

3) RGZ 110, 327, 335, 336; ähnlich BGH WM 1961, 87, 89.

4) vgl. z.B. RG JW 1910, 467; RG Recht 1912, Nr. 1884.

5) BGHZ 8, 23, 24.

gedeutet worden. Der BGH¹⁾ hat weiterhin einen nichtigen Übergabevertrag an einem Grundstück als Erbvertrag aufrechterhalten.

Das RG²⁾ hat schließlich die Umdeutung der Abtretung einer vermeintlichen Eigentümergrundschild, die nicht zur Entstehung gelangt war, weil die zugrundeliegende Hypothek von Anfang an nichtig war, in die Neubestellung der Grundschild zugunsten des Zessionars für zulässig gehalten. Die Neubestellung einer Grundschild ist aber nicht als Teilregelung in der Abtretung einer Eigentümergrundschild enthalten. Sie ist auch nicht ein bloßes Weniger, sondern etwas ganz anderes. Die Neubestellung bedeutet aber auch kein Mehr gegenüber der Abtretung, d.h., legt dem Zedenten keine größeren Verpflichtungen auf als die Abtretung. Denn in beiden Fällen haftet der Zessionar mit dem belasteten Grundstück in gleicher Weise nach dem Inhalt der Grundschild, die der vermeintlichen Eigentümergrundschild gleicht. Dem Zedenten wird also durch die Umdeutung nicht mehr an Rechtsmacht genommen, als er verloren hätte, wenn die beabsichtigte Übertragung der Eigentümergrundschild wirksam gewesen wäre. Durch die Umdeutung steht er somit dinglich und schuldrechtlich nicht schlechter.

Ein Sonderfall lag der Entscheidung BGHZ 20, 263ff zugrunde: Dort hat der BGH³⁾ die unzulässige Abtretung (Abspaltung) des Stimmrechts eines Kommanditisten⁴⁾ an einen Komplementär, die in einer Gesellschafterversammlung erklärt und darüberhinaus, was die Besonderheit des Falles ausmachte, in einer besonderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages verankert wurde, in eine gesellschaftsvertragliche Entziehung des Stimmrechts des Kommanditisten und in eine Ausstattung des Gesellschaftsanteils des begünstigten Komplementärs mit einem entsprechend höheren Stimm-

1) BGHZ 40, 218ff; vgl. auch BGH FamRZ 1962, 464, 467.

2) RG LZ 1931, Sp. 839.

3) BGHZ 20, 363, 370f.

4) zur Unzulässigkeit der Stimmrechtsabspaltung vgl. BGHZ 3, 354; BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB.

recht umgedeutet. Auf den ersten Blick scheint hier das umgedeutete Geschäft, nämlich die Veränderung des Gesellschaftsanteils hinsichtlich des Stimmrechts, gegenüber dessen bloßer Abtretung ein rechtliches Mehr zu sein, da es sich bei der Abtretung um einen zweiseitigen Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar handelt, während für die Umänderung des Gesellschaftsanteils hinsichtlich des Stimmrechts ein Gesellschaftsvertrag erforderlich war. Weil aber die Abtretung in einer Gesellschafterversammlung erklärt und dazu als besondere Bestimmung in dem Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden war, konnte der BGH die gewollte Abtretung als gesellschaftsvertragliche Regelung auffassen.¹⁾ Im weiteren hat der BGH darauf abgestellt, ob sich durch die Schaffung des stimmrechtslosen Gesellschaftsanteils gegenüber der Abtretung des betreffenden Stimmrechts die Rechtsstellung des betreffenden Kommanditisten verschlechterte und hat ausgeführt²⁾: "Das im Wege der Umdeutung anzunehmende Rechtsgeschäft würde ... in seiner Wirkung nicht über die von den Beteiligten gewollte Abspaltung und Übertragung des Stimmrechts hinausgehen; es würde vielmehr ... in seinen Wirkungen sachlich eingeschränkt sein, weil die Mitwirkungen des Kommanditisten bei einer ihre Rechtsstellung beeinträchtigenden oder sie gegenüber den anderen Gesellschaftern ungleich treffenden Regelung erforderlich bliebe". Demnach war die Umdeutung möglich, weil sie nicht zu einer höheren Belastung des betroffenen Gesellschafters führte.

Zusammenfassend kann somit zunächst festgehalten werden: Auch die Rechtsprechung verlangt nicht, daß das Ersatzgeschäft in dem nichtigen als rechtsgeschäftliche Teilregelung bereits vollständig enthalten ist. Das andere Rechtsgeschäft wird vielmehr mit der Frage ermittelt, welches Rechtsgeschäft geeignet gewesen wäre, die mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft angestrebten rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele hervorzubringen. Übereinstimmend mit der wohl herrschenden Meinung in der Rechtslehre kann das andere Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB gegenüber dem nichtigen ein ungleichartiges aliud sein. So ist nach der

1) vgl. BGHZ 20, 363, 366ff.

2) BGHZ 20, 363, 371.

Rechtsprechung insbes. die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen zulässig. Die Rechtsprechung zieht jedoch eine negative inhaltliche Grenze: Danach ist die Konversion in ein anderes Geschäft mit weitergehenden Wirkungen unzulässig.

dd) Umdeutung in ein Mehr

Der Grundsatz, wonach das umgedeutete Rechtsgeschäft keine weitergehenden Wirkungen als das beabsichtigte Rechtsgeschäft haben darf, wird in der Rechtsprechung allerdings insbes. bei der Umdeutung von Rechtsgeschäften von Todes wegen nicht immer eingehalten. In einigen Entscheidungen ist die Umdeutung in Geschäfte zugelassen worden, die dem Schuldner höhere Pflichten aufbürdeten bzw. dem Verfügenden mehr an Rechtsmacht nahmen oder weitergehende Rechtsfolgen hatten, als das jeweilige nichtige Rechtsgeschäft gehabt hätte, wenn es wirksam gewesen wäre. Die Entscheidungen lassen sich in den folgenden Fallgruppen zusammenfassen:

(1) Die Umdeutung einer gem. § 2302 BGB nichtigen Auflage in eine letztwillige Verfügung

In zwei Fällen hat das OLG Hamm¹⁾ die Umdeutung einer gem. § 2302 BGB nichtigen Auflage in die entsprechende letztwillige Anordnung selbst zugelassen.

So hatten sich in dem einen Fall²⁾ Ehegatten in einem Erbvertrag gegenseitig zu Erben eingesetzt und weiterhin bestimmt, daß der Längstlebende von ihnen verpflichtet sei, das bei seinem Tode vorhandene Vermögen auf die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder zu übertragen. Das OLG sah die Auflage wegen Verstoßes gegen § 2302 BGB als nichtig an, deutete diese aber unter Berufung auf § 140 BGB "in die in den §§ 2280, 2269 BGB ent-

1) OLG Hamm JMB1. NRW 1960, 125ff und OLG Hamm NJW 1974, 60ff.

2) OLG Hamm JMB1. NRW 1960, 125ff.

sprechende letztwillige Verfügung" dahin um, daß nach dem Tode des Längstlebenden der beiderseitige Nachlaß an die gesetzlichen Erben, also an die gemeinschaftlichen Kinder, fallen solle.¹⁾ Aus der Verpflichtung, in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen, wurde also die Einsetzung der Bedachten als Schlußerben selbst.

In dem zweiten Fall des OLG Hamm²⁾ hatte der Erblasser seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt und mit dieser letztwilligen Verfügung die Anordnung verbunden, daß die Ehefrau sich verpflichtete, testamentarische Verfügungen ausschließlich zugunsten der gemeinschaftlichen Kinder zu treffen. Diese ebenfalls nach § 2302 BGB nichtige Auflage hat das OLG gem. § 140 BGB in die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft umgedeutet.³⁾

In beiden Fällen geht das aufrechterhaltene Geschäft über den rechtlichen Erfolg des beabsichtigten Geschäfts hinaus: Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft bzw. die Einsetzung zum Schlußerben ist rechtlich ein Mehr gegenüber der bloßen Verpflichtung, eine bestimmte Verfügung erst später vorzunehmen. Die Umdeutung schießt hier weit über das rechtliche Ziel, das der Erblasser mit der Auflage zu erreichen glaubte, hinaus. Gleichwohl hat das OLG Hamm eine Umdeutung für möglich gehalten und zur Begründung ausgeführt⁴⁾: Der Bedachte sei wirtschaftlich möglichst so zu stellen, wie der Erblasser es in praktischer Gesamtanschauung gewollt hätte, wenn er mit dem objektiven Recht vertraut gewesen wäre. Das OLG hat zwar erwogen, daß die "Umdeutung ... nicht zu ... weitergehenden Folgen führen (dürfe), als sie ursprünglich gewollt waren". In den folgenden Ausführungen⁵⁾ hält das OLG diese Voraussetzungen jedoch für gegeben und beruft sich dabei ohne nähere eigene Auseinandersetzung auf die ebenfalls angesprochene Entscheidung

1) OLG Hamm JMB1. NRW 1960, 125, 126.

2) OLG Hamm NJW 1974, 60ff.

3) OLG Hamm NJW 1974, 60, 61f.

4) OLG Hamm NJW 1974, 60, 61.

5) OLG Hamm a.a.O.

des OLG Hamm¹⁾ und auf die im folgenden dargestellte Entscheidung des BGH.

In dieser Entscheidung hat der BGH²⁾ eine nach § 2302 BGB unwirksame Anordnung eines Erblassers, seine mit einem Vermächtnis bedachte Ehefrau solle die Werte ihrerseits drei namentlich benannten Kindern "vererben" und einem vierten Kinde einen ihm angemessenen Ausgleich gewähren, als Nachvermächtnis zugunsten der drei Kinder und als ein Untervermächtnis zugunsten des vierten Kindes, das die drei bedachten Kinder beschwerte, aufrechterhalten. Die Erteilung der Vermächtnisse ist aber rechtlich mehr als die bloße Verpflichtung der Ehefrau, die Kinder in bestimmter Weise letztwillig zu bedenken. Allerdings hat der BGH die Entscheidung nicht auf eine Umdeutung gem. § 140 BGB, sondern auf eine wohlwollende Auslegung gem. § 2084 BGB gestützt.³⁾ Diese Auslegungsgrundsätze der § 2084 BGB und § 133 BGB unterliegen aber nicht den Grenzen, die für die Umdeutung gelten. Kann demnach eine auf den ersten Blick zunächst als unzulässig erscheinende Auflage als Einsetzung einer Vor- und Nacherbschaft bzw. als Errichtung eines Vermächtnisses gem. §§ 2084, 133 BGB ausgelegt werden, so gilt das Gewollte und nicht dasjenige, was der Wortlaut der betreffenden Verfügung vordergründig zum Ausdruck bringen mag. Voraussetzung ist jedoch, daß sich ein derartiger Wille des Erblassers, die letztwillige Verfügung selbst vorzunehmen und nicht diese erst dem Erben als Pflicht aufzuerlegen, feststellen läßt.⁴⁾ So hat auch das BayObLG in einem Beschluß vom 21.1.1983⁵⁾ eine letztwillige Anordnung, der erbende Sohn dürfe den Nachlaß nur an seine Kinder weitervererben, als die Anordnung einer Nacherbfolge gem. §§ 2084, 133 BGB ausgelegt. Eine der-

1) OLG Hamm JMB1. NRW 1960, 125ff.

2) BGH, Urt. v. 6.6.1966 III ZR 161/64, mitgeteilt von H. Keßler, DRiZ 1966, 395, 398.

3) vgl. die Besprechung der Entscheidung von Krampe, Konversion, S. 166f.

4) zum Verhältnis von Auslegung und Umdeutung vgl. o. S. 81ff.

5) BayObLG, Beschl. v. 21.1.1983 - BReg. 17 109/82, abgedruckt in AgrarR 1983, 158f; Leitsatz in FamRZ 1983, 839.

artige Auslegung ist zulässig, wenn ein entsprechender Wille des Erblassers i.S.d. §§ 2084, 133 BGB festgestellt werden konnte. Dies ist Tatfrage. Da diese Voraussetzung nach der Auslegung des OLG Hamm¹⁾ aber nicht vorlag²⁾, konnte insbes. die Entscheidung des BGH nicht für die Zulässigkeit der Umdeutung herangezogen werden.

Zusammenfassend läßt sich somit zur Umdeutung einer wegen Verstoßes gegen § 2302 BGB nichtigen Auflage in die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft bzw. zur Einsetzung des Begünstigten zum Schlußerben festhalten: Das OLG Hamm hat eine solche Umdeutung für möglich gehalten. Dabei ist es zwar davon ausgegangen, daß die Umdeutung nicht zu weitergehenden Folgen führen darf, als sie ursprünglich gewollt waren. Es hat aber diese Voraussetzungen der Umdeutungen als erfüllt angesehen, ohne sich jedoch näher damit auseinanderzusetzen. Einer solchen näheren Auseinandersetzung hätte es aber bedurft, weil die gem. § 2302 BGB unwirksame Auflage, in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen, nicht die betreffende letztwillige Verfügung selbst mitumfaßt. Die Einsetzung zum Schluß- oder Nacherben bedeutet gegenüber der (unzulässigen) Verpflichtung zur Erbeinsetzung vielmehr ein Mehr.

(2) Die Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments in einen Erbvertrag

Wie oben bereits erwähnt wurde, kann ein nichtiger Erbvertrag als Testament aufrechterhalten werden.³⁾ Dies gilt aber nicht für den umgekehrten Fall. Dementsprechend hat das KG⁴⁾ die Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments von Nichtehegatten in einen Erbvertrag abgelehnt, obwohl dessen Formerfordernisse

1) OLG Hamm JMBL. NRW 1960, 125ff und NJW 1974, 60ff.

2) dies wird in der Rechtslehre zum Teil bezweifelt, vgl. insbes. Krampe, Konversion, S. 166ff, 167f; ebenso Battes, AcP 138, 337, 360.

3) s. o. S. 142f.

4) KG OLG Rspr. 35, 19.

gewahrt waren. Problematisch ist aber die Begründung, auf die das KG seine Entscheidung gestützt hat. Nach § 140 BGB, heißt es in der Entscheidung¹⁾, "kann zwar ein einseitiger Erbvertrag u.a. als Testament aufrechterhalten werden, aber dies gilt nur, weil mit der stärkeren Wirkung (letztwillige Verfügung mit Bindungswirkung) mindestens die schwächere (Verfügung ohne Bindungswillen) als gewollt gelten kann. Nicht aber kann mangels besonderer Anhaltspunkte angenommen werden, daß die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit ... die wesentlich stärkere Wirkung eines Erbvertrages gewollt haben würden". Nach diesen Ausführungen erscheint es als möglich, daß nach Ansicht des KG eine Umdeutung mit stärkerer Wirkung (ausnahmsweise) dann zulässig ist, wenn für einen entsprechenden hypothetischen Willen besondere Anhaltspunkte vorliegen.

(3) Die Umdeutung von Verfügungen von Todes wegen in Rechtsgeschäfte unter Lebenden

In einigen Entscheidungen hat die Rechtsprechung die Umdeutung nichtiger Verfügungen von Todes wegen in Rechtsgeschäfte unter Lebenden als zulässig angesehen. Hier läßt sich folgende Entwicklung verzeichnen:

Das OLG München hatte noch in einer Entscheidung aus dem Jahre 1905²⁾ die Umdeutung eines in einem formnichtigen Testament enthaltenen Vermächtnisses, durch das eine Darlehensschuld wegfallen sollte, in einen Erlaßvertrag unter Lebenden als "undenkbar" abgelehnt. Denn der Erblasser habe eine Verfügung von Todes wegen vorgenommen und den Weg des Erlaßvertrages unter Lebenden gerade nicht gewählt. Das RG³⁾ hat dann in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1910, in der es um die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen

1) KG OLG Rspr. 35, 19, 20.

2) OLG München, Urt. v. 30.6.1905, abgedr. in SeuffBl. 70, 530.

3) RG, Urt. v. 7.3.1910, abgedr. in JW 1910, 467ff.

ging, eher beiläufig ausgeführt, daß die Umdeutung einer Verfügung von Todes wegen in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden möglich sei. Hierbei setzt sich das RG aber nur mit dem Einwand der Revision auseinander, die Umdeutung setze gleichartige Rechtsgeschäfte voraus. Dazu, ob die objektiven inhaltlichen Voraussetzungen des § 140 BGB einer derartigen Konversion entgegenstehen würden, enthält die Entscheidung dagegen nichts. Zu dem Willensargument, das sich schon in der o.a. Entscheidung des OLG München findet, hat das RG ausgeführt¹⁾: "Man kann auch nicht sagen, daß der Wille letztwillig zu verfügen, den Willen, unter Lebenden zu verfügen, ... derart ausschließe, daß eine Umwandlung im Sinne des § 140 ein unmöglicher Gedankenschluß wäre. Ist es doch sehr wohl denkbar, daß eine Person letztwillig verfügt, z.B. letztwillig eine Schuld erläßt und dabei gleichzeitig den Willen hat, daß der Schuldnerlaß auch für den Fall, daß das Testament ... nichtig wäre, wirksam sein solle. Daß ein solcher 'Ersatzwille' nicht zum Ausdruck gelangt ist, ist gleichgültig. Entscheidend bleibt, daß ... die Partei ... bei Kenntnis der Nichtigkeit des einen Rechtsgeschäfts doch den wirtschaftlichen Erfolg desselben gewollt 'hätte'."

Das RG hält also die Umdeutung einer Verfügung von Todes wegen in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden für zulässig, wenn der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts mit dem umgedeuteten Geschäft erreicht würde. Dabei stellt es aber auf den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB ab, nämlich darauf, daß das Rechtsgeschäft unter Lebenden als Ersatzgeschäft für die nichtige Verfügung gewollt wäre. Auf die objektiven inhaltlichen Voraussetzungen der Umdeutung geht das RG dagegen nicht ein.

Das OLG München hielt es dann in einer Entscheidung aus dem Jahre 1916²⁾ in einer Hilfserwägung entgegen der Entscheidung von 1905 für zulässig, ein in einem nichtigen Testament enthaltenes als "kleine Danksagung für die viele gehabte Mühe" gegebenes Vermächtnis über 5.000,- Mark in ein Angebot zum Abschluß eines Schuldanerkenntnisses i.S.d. § 781 BGB umzudeuten. Auch

1) RG JW 1910, 467, 468.

2) OLG München OLG Rspr. 35, 374ff.

in dieser Entscheidung befaßt sich das Gericht nicht mit den objektiven inhaltlichen Grenzen der Umdeutung, sondern stellt allein auf den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB ab. Der Erblasser, heißt es in der Entscheidung¹⁾, "hätte zweifellos, wenn er die Nichtigkeit seiner Verfügung gekannt hätte, jede Rechtsform gewählt, die dem (Bedachten) den ihm zugedachten wirtschaftlichen Erfolg sicherte".

Der BGH hat schließlich in einer jüngeren Entscheidung²⁾ eine unwirksame Verfügung von Todes wegen als Rechtsgeschäft unter Lebenden gem. § 140 BGB aufrechterhalten. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Durch gemeinschaftliches Testament aus dem Jahre 1933 hatten sich die Eheleute gegenseitig zu Erben und den Sohn zum Schlußerben nach dem Letztversterbenden eingesetzt. Der Vater verstarb im Jahre 1939. Im Jahre 1974 schloß die Mutter mit den beklagten Eheleuten einen als solchen Bezeichneten "Erbvertrag" in notarieller Form, in dem es u.a. heißt: "Ich errichte hiermit folgendes Vermächtnis: Ich habe den (Beklagten) ein Darlehn in Höhe von DM 55.000,-- gegeben. Mit Wirkung von meinem Tode erlasse ich hiermit den (Beklagten) diese Darlehnsschuld, so daß sie nach meinem Tode keinerlei Zahlungen mehr an meine Erbmasse zu leisten haben. Dieses Vermächtnis erfolgt in Anerkennung der Dienste ..."

Der BGH hat den Erbvertrag und das darin enthaltene Vermächtnis wegen Verstoßes gegen die Bindungswirkung an das gemeinschaftliche Testament der Eheleute gem. § 2271 Abs. 2 BGB als nichtig angesehen. Er hat jedoch das nichtige Vermächtnis in einen durch den Tod der Erblasserin aufschiebend bedingt vollzogenen schenkweisen Erlaß der Darlehnsschuld umgedeutet. In der Begründung geht der BGH auf die objektiven Voraussetzungen der Umdeutung nicht ein, sondern führt nur zum subjektiven Umdeutungstatbestand aus, daß anzunehmen sei, daß die Erblasserin, wenn sie um die Nichtigkeit der erbvertraglichen Regelung gewußt hätte, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der gleichen

1) OLG München OLG Rspr. 35, 374, 375.

2) BGH, Urt. v. 30.11.1977, abgedr. in NJW 1978, 423f = WM 1978, 169 = DB 1978, 341.

Wirkung gewollt hätte.¹⁾ Mit dem schenkweisen Erlaß, heißt es in der Entscheidung weiter²⁾, "hätte die Erblasserin für sich auf Lebenszeit wirtschaftlich dasselbe erreicht wie durch die - unwirksame - erbvertragliche Regelung ..." ³⁾

Der BGH ließ somit die Umdeutung allein mit der (subjektiven) Erwägung zu, daß anzunehmen sei, daß die Beteiligten einen Erlaßvertrag unter Lebenden vereinbart hätten, wenn sie von der Nichtigkeit der erbvertraglichen Regelung gewußt hätten. Ob das nichtige Vermächtnis (objektiv) auch den inhaltlichen Erfordernissen des Erlaßvertrages entsprach, hat der BGH dagegen nicht geprüft. Diese Vorgehensweise, nämlich das Abstellen allein auf den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB, stimmt methodisch im wesentlichen mit derjenigen in den oben angesprochenen Entscheidungen des RG⁴⁾, des OLG München⁵⁾ sowie des Kammergerichts⁶⁾ und des OLG Hamm⁷⁾ überein.

Unter Zugrundelegung des in der Rechtsprechung im übrigen vertretenen Grundsatzes, wonach die Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden Wirkungen ausgeschlossen ist, wäre auch die Umdeutung der nichtigen Verfügungen von Todes wegen in Rechtsgeschäfte unter Lebenden bereits an dem objektiven Tatbestand des § 140 BGB gescheitert. Denn ein Rechtsgeschäft unter Lebenden bedeutet gegenüber der Verfügung von Todes wegen ein Mehr.⁸⁾ Ein Testament kann der Erblasser gem. §§ 2253ff BGB jederzeit frei widerrufen. Bis zum Erbfall ist es dem Erblasser unbenommen, ohne daß es hierzu einer besonderen Begründung bedürfte, den Eintritt der Wirkungen des betreffenden Testaments durch Widerruf zu verhindern. Kommt dagegen bereits zu Lebzeiten des Erblassers ein Erlaßvertrag bzw. ein Schuldaner-

1) BGH NJW 1978, 423, 424.

2) BGH a.a.O.

3) zustimmend Leipold Rdn. 308; Johannsen, WM 1979, 598, 604f.

4) RG JW 1910, 467ff; dazu o. S. 160f.

5) OLG München OLG Rspr. 35, 374f; dazu o. S. 161f.

6) KG OLG Rspr. 35, 19; dazu o. S. 159f.

7) insbes. OLG Hamm NJW 1974, 60f; dazu o. S. 157ff; vgl. weiterhin OLG Hamm JMB1. NRW 1960, 125f; dazu o. S. 156ff.

8) vgl. insbes. Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2575, 2576.

kennntnisvertrag mit dem Bedachten zustande, so ist der Erblasser an seine Erklärungen schon zu Lebzeiten gebunden. Ein Widerrufsrecht steht ihm nicht zu. Durch die Umdeutung einer frei widerruflichen Verfügung von Todes wegen in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, das den Erblasser bereits zu Lebzeiten bindet, werden dem Erblasser somit größere Verpflichtungen auferlegt.

Sollte die betreffende nichtige Verfügung dem Bedachten nicht noch zu Lebzeiten, sondern erst nach dem Tode des Erblassers zugehen, so würde die Umdeutung der Verfügung von Todes wegen die Pflichten des Erblassers allerdings nicht erhöhen. Denn das Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages bzw. Schuldanerkenntnisses hätte der Erblasser gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB bis zum Zugang, d.h. jedenfalls bis zu seinem Tod, ebenfalls widerrufen können. Gleichwohl ist eine Umdeutung unter Zugrundelegung der obigen Grundsätze nicht möglich. Auch wenn das umgedeutete Geschäft als Rechtsgeschäft unter Lebenden für den Erblasser bis zu seinem Tod frei widerruflich bleibt, so geht das Rechtsgeschäft unter Lebenden dennoch in seinen Wirkungen über diejenigen der beabsichtigten Verfügung von Todes wegen hinaus. Der Erbe kann die Erfüllung eines Vermächtnisses und die Vollziehung einer Auflage unter den Voraussetzungen des § 2318 Abs. 1 BGB teilweise verweigern. Ein solches Kürzungsrecht steht ihm dagegen nicht zu, wenn der Begünstigte seine Rechtsposition bereits zu Rechtsgeschäft unter Lebenden erhalten hat. Auch im Falle des Nachlaßkonkurses gem. §§ 1975ff BGB stehen sich die Begünstigten aus Vermächtnissen und Auflagen gem. § 1991 Abs. 4 BGB i.V.m. § 226 Abs. 2 KO schlechter, als wenn sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bereits das betreffende Recht erworben hätten und damit gem. §§ 1967, 1975ff BGB sonstige Nachlaßgläubiger geworden wären. Außerdem ist ein Vermächtnis gem. § 2160 BGB unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalles nicht mehr lebt. Die Erben belastet somit das Vermächtnis in diesem Fall nicht mehr. Anders liegt es, wenn der Bedachte seine Rechtsposition durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. Dann geht dessen Anspruch auf seine Erben über, die diesen gegenüber der Erb-

masse geltend machen können. Die Umdeutung würde somit dem Bedachten bzw. dessen Erben eine bessere Position einräumen, als der Erblasser mit seiner (nichtigen) Verfügung erreichen wollte. Und die Erben würden dementsprechend durch die Umdeutung mehr belastet.

Auch eine aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung unter Lebenden hat weitergehende rechtliche Wirkungen als ein Vermächtnis, auch wenn diese eine vertragsgemäße Verfügung i.S.d. § 2278 BGB darstellt. Zwar ist ein solches Vermächtnis anders als eine einseitige Verfügung gem. § 2289 BGB nicht frei widerruflich. Unter den Voraussetzungen der §§ 2294ff BGB kann jedoch der Erblasser von der vertraglichen Verfügung zurücktreten, auch wenn er sich den Rücktritt nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Außerdem kann (auch) der Erblasser den Erbvertrag gem. § 2281 Abs. 1 BGB unter den Voraussetzungen der §§ 2078, 2079 BGB anfechten. Die Anfechtung wird also in viel weiterem Umfange zugelassen, als die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden, die sich nach §§ 119ff BGB richtet. Weiterhin wird nach § 2286 BGB durch den Erbvertrag das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt, es sei denn, er handelt in der Absicht, den Vertragserben bzw. Bedachten zu beeinträchtigen. Der Erblasser hätte also auch dann über die Darlehnsforderung noch zu Lebzeiten verfügen können, auch wenn der Erbvertrag und das darin enthaltene, auf den Erlaß der Darlehnsforderung gerichtete Vermächtnis wirksam gewesen wäre. Bei einer befristet vollzogenen Schenkung unter Lebenden wäre eine solche Verfügung über die Darlehnsforderung gem. § 161 BGB relativ unwirksam gewesen und würde die Erben gem. § 161 BGB dem Bedachten gegenüber zum Schadensersatz verpflichten.¹⁾ Dabei ist der Haftungsmaßstab bei einer Schenkung unter Lebenden strenger als bei einem Erbvertrag. Während gem. §§ 2287, 2288 BGB die Haftung Beeinträchtigungsabsicht voraussetzt, haftet der Schenker gem. § 521 BGB schon für grobe Fahrlässigkeit. Und während sich die Haftung nach §§ 2287, 2288 BGB im wesentlichen nach Bereicherungsrecht richtet, haftet der Schenker bzw. dessen Erben auf vollen Schadensersatz.

1) ebenso Schubert, JR 1978, 288, 289f.

Aber auch wenn sich der Erblasser in dem Erbvertrag stillschweigend verpflichtet haben sollte, die Darlehnsforderung nicht abzutreten, so würde der schenkweise Erlaß unter Lebenden dennoch weitergehende Rechtsfolgen haben. Denn durch ein Vermächtnis erlangt der Bedachte gem. § 2174 BGB lediglich das Recht, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu verlangen. Der in dem Erbvertrag enthaltene vermächtnisweise Erlaß der Darlehnsschuld hätte somit bei Wirksamkeit des Erbvertrages lediglich die Pflicht des Erben begründet, dem Beschenkten die Darlehnsschuld zu erlassen. Dagegen begründete das vom BGH umgedeutete Geschäft, nämlich der befristet vollzogene schenkweise Erlaßvertrag, nicht nur diese schuldrechtliche Verpflichtung, sondern wirkt bereits als Erlaßvertrag selbst. Ein Rechtsgeschäft, so hat Tiedtke¹⁾ gegen den BGH mit Recht eingewandt, das sich damit begnüge, eine Verpflichtung zu begründen, enthalte nicht die Bestandteile der Erfüllung dieser Verpflichtung. Die Umdeutung des Vermächtnisses in einen schenkweise erteilten, bedingt vollzogenen Erlaß der Darlehnsschuld bedeutete somit im Ergebnis ein Mehr.

ee) Zusammenfassung

Die Rechtsprechung bezieht die Voraussetzungen des § 140 BGB, wonach das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts entsprechen muß, auch auf den Inhalt des Ersatzgeschäftes. Soweit gefordert wird, das andere Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein, bedeutet dies lediglich das Verbot, daß das Ersatzgeschäft in seinem Tatbestand und seinen Wirkungen nicht über das nichtige hinausgehen darf. Soweit gefordert wird, das Ersatzgeschäft dürfe gegenüber dem nichtigen nichts Abweichendes sein, bezieht sich dieses Erfordernis nicht auf den rechtsgeschäftlichen Inhalt des Ersatzgeschäftes, sondern darauf, daß das Ersatzgeschäft geeignet sein muß, die mit dem nichtigen Rechtsgeschäft verfolgten Ziele zu verwirklichen und enthält allenfalls das Verbot der Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden Wirkungen.

1) Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2576.

Das Ersatzgeschäft, das für die Umdeutung in Betracht kommt, ermittelt die Rechtsprechung danach, welches Rechtsgeschäft geeignet wäre, die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die die Parteien mit dem nichtigen Geschäft angestrebt haben, zu verwirklichen. In diesem Rahmen ist es gleichgültig, ob das Ersatzgeschäft als rechtsgeschäftliche Teilregelung in dem nichtigen vollständig enthalten ist oder ob es sich um ein ungleichartiges aliud handelt. So ist in der Rechtsprechung insbes. die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen anerkannt.

Die Rechtsprechung faßt das Gebot, daß das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts entsprechen müsse, neben der Geeignetheit des Ersatzgeschäfts zur Erreichung der angestrebten Ziele i.S. eines negativen Abgrenzungskriteriums auf. Danach ist die Umdeutung in ein anderes Geschäft ausgeschlossen, wenn dieses weitergehende rechtliche Wirkungen als das nichtige Rechtsgeschäft haben würde. Von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung jedoch insbes. bei der Umdeutung letztwilliger Verfügungen Ausnahmen zugelassen und u.a. ein Vermächtnis als schenkweise erteilten, durch den Tod des Erblassers bedingt vollzogenen Erlaßvertrag aufrechterhalten.

c) Inhaltliche Grenzen der Umdeutung; eigene Stellungnahme

Es lassen sich in der Rechtsprechung und Rechtslehre bzgl. der Frage, ob und ggf. inwiefern das nichtige Rechtsgeschäft auch inhaltlich den Erfordernissen des Ersatzgeschäftes entsprechen muß, somit zwei vordringliche Fragen herausstellen, nämlich die Frage, ob das nichtige Rechtsgeschäft in ein ungleichartiges Geschäft, insbes. ein Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen umgedeutet werden kann, und ob die Umdeutung in ein Rechtsgeschäft zulässig ist, das weitergehende rechtliche Wirkungen hat als das nichtige. Zu diesen beiden Fragen soll im folgenden Stellung genommen werden, wobei zunächst ein kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 140

BGB sowie auf das Konversionsverständnis im gemeinen Recht zu werfen ist.

Flume¹⁾, der heute als Repräsentant der engsten Ansicht vertritt, daß die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen und die Umdeutung in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden Wirkungen nicht zulässig sei, bezieht sich zur Begründung seiner Konversionslehre u.a. auf Windscheid. Es fragt sich, wie dieser Rechtsgelehrte die Konversion verstand und ob und ggf. inwieweit dessen Vorstellungen in § 140 BGB Gesetz geworden sind.

aa) Das Konversionsverständnis im gemeinen Recht, insbes.
Windscheids

Nach Windscheid²⁾ soll ein Fall der Konversion nur vorliegen, wenn das Rechtsgeschäft zwar nicht "den Anforderungen, welche (der) Rechtssatz, den die Abschließenden zunächst ins Auge gefaßt haben, an ein gültiges Rechtsgeschäft stellt, ... (aber) den Anforderungen eines anderen Rechtssatzes, aus welchem die gleiche rechtliche Wirkung hervorgeht", genügt. Nach Windscheid wird das als solches nichtige Rechtsgeschäft lediglich nach einem anderen Rechtssatz beurteilt, dessen Anforderungen es ebenfalls genügt. Dementsprechend hält er den Ausdruck "Conversion" des Rechtsgeschäfts für "nicht glücklich gewählt. Das Rechtsgeschäft", heißt es weiter³⁾, "wird nicht dadurch aufrechterhalten, daß es zu einem anderen gemacht wird, sondern es wird aufrechterhalten als das, was es ist. Es wird nur eine nicht offenliegende Seite desselben herausgekehrt". So kann nach Windscheid ein "ungültiges Wechselversprechen gültig sein nach dem Rechte des Schuldscheins, ein ungültiger Erbvertrag nach dem Rechte des Testaments".⁴⁾ Dies kommt der Ansicht

1) vgl. im einzelnen o. S. 113ff.

2) Windscheid, Pandektenrecht I, § 82, 5, S. 225; ebenso Windscheid/Kipp, Pandektenrecht I (1906), § 82, 5, S. 431.

3) Windscheid, Pandektenrecht I, § 82, 5, S. 225 Fn. 15.

4) Windscheid a.a.O., Fn. 13.

Dernburgs¹⁾ gleich, der deshalb von der Konversion als "Erhaltung, nicht ... Umwandlung des Geschäftes" spricht, womit er verdeutlichen will, daß es sich um die "Konversion des Namens des Geschäftes, nicht des Geschäftes selbst"²⁾ handle. Dagegen geht Regelsberger³⁾ im dogmatischen Ansatz weiter. Danach "verfährt (die Konversion) ähnlich wie die analoge Rechtsanwendung, sie handelt nicht gemäß dem Willen, aber im Sinne der Parteien".

Windscheid gibt zwei weitere Beispiele unter Bezugnahme auf das römische Recht⁴⁾: Und zwar hält er die Aufrechterhaltung eines Ziviltestaments, dessen Formerfordernisse nicht gewahrt sind, als Soldatentestament für zulässig, wenn dessen Erfordernisse jedenfalls gewahrt sind. Und schließlich könne ein (nach dem Recht der Akzeptilation) ungültig abgeschlossener Erlaßvertrag nach dem Recht des pactum de non petendo gültig sein.

In den ersten drei Beispielsfällen können entsprechend dem Ausgangspunkt Windscheids die als solche ungültigen Geschäfte, so wie sie von den Parteien vorgenommen worden sind, nach einem anderen Rechtssatz beurteilt werden, und auf diese Weise aufrechterhalten werden, weil die Anforderungen, die der andere Rechtssatz an die Gültigkeit des Geschäfts stellt, erfüllt sind. Anders liegt es jedoch in dem vierten Beispielsfall: Ein Erlaßvertrag läßt sich seinem rechtsgeschäftlichen Inhalt nach nicht ohne weiteres als ein pactum de non petendo auffassen. Dies verkennt Windscheid nicht; er hält die Aufrechterhaltung gleichwohl für geboten, weil es "für das Wahrscheinlichste zu halten (sei), daß der Urheber des Rechtsgeschäfts Wirkungen desselben nicht bloß nach dem zunächst ins Auge gefaßten Rechtssatz gewollt habe, wo die Wirkung, welche es nach diesem gehabt haben würde, bloß im Wesen mit derjenigen übereinkommt, welche sich aus dem wirklich zutreffenden Rechtssatz

1) Dernburg, Pandektenrecht I, § 124, 2, S. 288, 289.

2) Dernburg, Pandektenrecht I, § 124, 2, S. 289.

3) Regelsberger, Pandekten I, § 176 Anm. 5.

4) Windscheid a.a.O.; zu diesen Fällen eingehend Krampe, Konversion, S. 64ff.

ergibt, nicht aber in allen Eigenschaften", wie dies bei dem Erlaßvertrag und dem pactum de non petendo der Fall sei.¹⁾ Danach läßt Windscheid die Aufrechterhaltung nicht nur dann zu, wenn die Wirkung des gültigen Geschäfts derjenigen des beabsichtigten Geschäfts im Wesen (völlig) überein- (d.h. gleich-) kommt, sondern auch dann, wenn sich die Wirkungen nicht in allen Eigenschaften decken. Damit gewinnt die Konversion im Verständnis Windscheids eine neue Qualität: Es kommt nicht nur (allein) darauf an, daß die Rechtsordnung einen anderen Rechtsatz kennt, nachdem das nichtige Rechtsgeschäft, so wie es vorgenommen worden ist, auch (als Teil des Ganzen) beurteilt werden kann. Eine Aufrechterhaltung ist danach vielmehr auch dann zulässig, wenn die mit der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts beabsichtigten Wirkungen mit dem gültigen Rechtsgeschäft erreicht werden können. Windscheid zieht jedoch eine Grenze: "Wenn dagegen", so heißt es²⁾, "der wirklich zutreffende Rechtssatz eine Wirkung ganz anderer Art erzeugt, als der ins Auge gefaßte, wenngleich eine Wirkung, welche im Allgemeinen dieselbe Richtung verfolgt, so ist ohne ausdrückliche Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäfts nicht anzunehmen, daß auch diese Wirkung anderer Art gewollt sei".

Nach der Vorstellung Windscheids läßt sich somit ein Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht in eine Verfügung von Todes wegen umdeuten, weil sich ein Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht zugleich nach dem Recht der Verfügungen von Todes wegen beurteilen läßt und eine Verfügung von Todes wegen eine rechtliche "Wirkung ganz anderer Art erzeugt" als ein lebzeitiges Rechtsgeschäft. Auch kann die Konversion nicht zu einer weitergehenden rechtlichen Regelung führen. Wie sich aus den Beispielen ergibt, ist nach Windscheid die Konversion zwar nicht auf Fälle beschränkt, in denen in dem nichtigen Rechtsgeschäft ein anderes bereits als rechtsgeschäftliche Teilregelung enthalten war, sondern auch dann zulässig, wenn die Wirkung des beabsichtigten Geschäfts diejenigen des anderen Geschäfts ganz oder teilweise enthält. Da Windscheid aber auf die rechtlichen

1) Windscheid a.a.O., Fn. 14.

2) Windscheid a.a.O.

Wirkungen abstellt, kann die Konversion nicht zu weitergehenden Rechtsfolgen führen, als das nichtige Rechtsgeschäft im Falle seiner Wirksamkeit hervorgebracht hätte. Während also Windscheid dem Grundsatz nach im Falle der Konversion das als solches nichtige Rechtsgeschäft lediglich unter einem anderen rechtlichen Aspekt sieht, läßt er, wie das o.a. vierte Beispiel gezeigt hat, im Ansatz aber auch eine Abstraktion von der nichtigen rechtsgeschäftlichen Regelung zu, um den angestrebten Zielen ganz oder teilweise zum Erfolg zu verhelfen. Dies entspricht der Ansicht Regelsbergers und Dernburgs¹⁾, wonach die Konversion "nur den Willen des Handelnden (verwirklicht), das bestmögliche Mittel des zutreffenden Rechts zu finden".

bb) Die Gesetzesmaterialien

Flume stützt seine enge Ansicht neben Windscheid auch auf die Gesetzesmaterialien.²⁾ Der Wortlaut der Konversionsvorschrift, wie sie von der ersten Kommission ausgearbeitet worden ist (§ 111 des ersten Entwurfs), führt jedoch nicht weiter, da er hinsichtlich des objektiven Umdeutungstatbestandes dem § 140 BGB in etwa gleichkommt. So lautete § 111 des ersten Entwurfs auszugsweise:

"Entspricht das beabsichtigte, aber als solche nichtige Rechtsgeschäft allen Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so ist es als das letztere aufrechtzuerhalten, wenn ..."

Von der zweiten Kommission erhielt § 111 des ersten Entwurfs im objektiven Tatbestand eine Fassung, die mit derjenigen des § 140 BGB auch im Wortlaut identisch ist.³⁾ Unter welchen Voraussetzungen aber das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen

1) Dernburg, Pandektenrecht, § 124, 2, S. 289 Fn. 5 in Auseinandersetzung mit Regelsberger.

2) zu Flume vgl. im einzelnen o. S.

3) es besteht im Wortlaut lediglich ein unwesentlicher Unterschied: statt in § 140 BGB "... eines anderen Rechtsgeschäftes ..." heißt es in § 111 des zweiten Entwurfs "... eines anderen Rechtsgeschäftes ..."

eines anderen entspricht, läßt sich somit den Konversionsvorschriften im ersten und zweiten Entwurf selbst nicht entnehmen.

Flume kann jedoch seine Auffassung, das andere Geschäft müsse in dem nichtigen enthalten sein, auf entsprechende Formulierungen in den Motiven und Protokollen stützen. In den Motiven zu § 111 des ersten Entwurfs heißt es¹⁾: "Ob das im beabsichtigten, aber nichtigen Rechtsgeschäft liegende andere Rechtsgeschäft ... gewollt sei ...", und in den Protokollen findet sich die Formulierung²⁾, der Wille brauche nicht auf "das in (dem nichtigen Rechtsgeschäft) enthaltene andere Rechtsgeschäft" gerichtet zu sein. Wie die Zitate zeigen, ging es bei den betreffenden Stellen jedoch nicht darum, die inhaltlichen Erfordernisse des Ersatzgeschäftes zu umschreiben. Die betreffenden Formulierungen stehen vielmehr mit Erwägungen des subjektiven Umdeutungstatbestandes in Zusammenhang und setzen - ebenso wie § 111 des ersten und zweiten Entwurfs selbst - die Feststellung, daß ein anderes Rechtsgeschäft in dem nichtigen liege bzw. darin enthalten sei, bereits voraus. Nähere Ausführungen, wie das Ersatzgeschäft inhaltlich beschaffen sein müsse, damit diese Feststellung gerechtfertigt ist, finden sich dagegen in den Materialien selbst ausdrücklich nicht.

Wie in den Motiven allerdings deutlich gemacht wurde, wollten die Verfasser des BGB mit der Aufnahme der Konversionsvorschrift nicht Neues begründen, sondern lediglich an die bestehende Rechtslage anknüpfen. So heißt es in den Motiven³⁾, die Vorschrift "entspricht dem bestehenden Rechte (vgl. sächs. GB. § 103; bayer. Entw. I 82, dresd. Entw. 141)".

§ 103 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1863/1865⁴⁾ hatte folgenden Wortlaut:

1) Motive I 218.

2) Protokolle I 262, 263.

3) Motive I 218.

4) abgedr. in Siebenhaar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 9ff.

"Nichtige Rechtsgeschäfte werden in ihren Haupt- und Nebenbestimmungen so angesehen, als wären sie nicht errichtet. Was von dem Inhalte des nichtigen Rechtsgeschäfts als besonderes Rechtsgeschäft bestehen kann, bleibt gültig; insbesondere bleibt, wenn die Nichtigkeit darauf beruht, daß der Gegenstand eines Rechtsgeschäfts eine gewisse Größe übersteigt, dasselbe bis zu dem erlaubten Betrage gültig".

Diese Vorschrift entspricht dem Ansatz der Konversionslehre Flumes, der sich die Formulierung im wesentlichen zu eigen gemacht hat: Der Inhalt des nichtigen Geschäfts wird nicht verändert, sondern es wird lediglich angeordnet, daß das, was von dem Inhalt des (nichtigen) Geschäfts als besonderes Rechtsgeschäft bestehen kann, gültig bleibt. In der Kommentierung zu dieser Vorschrift von Siebenhaar / Siegmann¹⁾ findet sich eine Formulierung Windscheids wieder: "Wenn das Rechtsgeschäft als solches", heißt es dort, "wie es geschlossen wurde, nichtig ist, (soll) dasselbe doch wenigstens als das, was es ist, aufrechterhalten werden, sofern dieß der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten entspricht". Nach dieser Vorschrift muß also das im Wege der Konversion aufrechterhaltene Geschäft seinem Inhalt nach in dem nichtigen enthalten sein und als solches als besonderes Rechtsgeschäft Bestand haben können. Wie jedoch der Satz 2, 2. Halbsatz deutlich macht, muß die aufrechterhaltene Regelung nicht schon als rechtsgeschäftliche Teilregelung vollständig in dem nichtigen Geschäft enthalten sein. Die Konversion soll vielmehr auch dann zulässig sein, wenn der Gegenstand des Geschäfts eine gewisse Größe übersteigt, wenn also das erlaubte Mindere in dem unerlaubten Mehr enthalten ist.

Art. 82 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1861²⁾ hatte folgenden Wortlaut:

1) Siebenhaar/Siegmann S. 129f.

2) zit. nach Krampe, Konversion, S. 125.

"Hat das ursprünglich von den Parteien beabsichtigte, aber als solches nichtige Rechtsgeschäft alle Erfordernisse eines anderen Geschäftes, so ist es als das letztere aufrecht zu erhalten, wenn dies dem Willen der Parteien gemäß ist (Conversion)".

Art. 41 des Dresdner Entwurfs eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866¹⁾, dem das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch und der bayerische Entwurf als Vorlage dienten, lautete schließlich wie folgt:

"Ist ein Vertrag als der von den Vertragsschließenden zunächst beabsichtigte nichtig, enthält er aber alle Erfordernisse eines anderen Vertrages, so ist derselbe, soweit er als solcher bestehen kann, aufrechtzuerhalten, wenn aus den Umständen erhellt, daß dies der Absicht der Vertragsschließenden entspricht".

Diese Formulierung enthält somit Elemente, die an § 103 S. 2 des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches und Elemente, die an Art. 82 des bayerischen Entwurfs angelehnt sind.

Auch nach den Vorschriften, auf die in den Motiven Bezug genommen wird, geht es somit bei der Konversion i.S. Windscheids darum, das, was von dem als solchen nichtigen Rechtsgeschäft für sich Bestand haben kann, aufrechtzuerhalten. Wann nun diese Voraussetzungen objektiv gegeben sind, läßt sich aber auch diesen Vorschriften nicht abschließend entnehmen. Die Frage nämlich, unter welchen Voraussetzungen das beabsichtigte Geschäft alle Erfordernisse eines anderen Geschäftes "hat" (vgl. Art. 82 des Bayerischen Entwurfs) bzw. alle Erfordernisse eines anderen Vertrages "enthält" (vgl. Art. 141 des Dresdener Entwurfs), wird in den Vorschriften nicht beantwortet, sondern wird ebenso wie in § 111 des ersten und zweiten Entwurfs zum BGB bereits vorausgesetzt.

1) zit. nach Krampe, Konversion, S. 127.

Weiteren Aufschluß über die Frage, welche Vorstellung die Verfasser des BGB von den inhaltlichen Voraussetzungen der Umdeutung hatten, können die beiden Beispielsfälle geben, die in den Motiven als mögliche Umdeutungsfälle genannt werden: "Platz greifen kann die Vorschrift u.A.", heißt es dort¹⁾, "bei einem auf die Bestellung des Nießbrauches an einem Gesellschaftsantheile gerichteten Vertrages", der nach §§ 1022, 644 S. 1 des Entwurfes (= §§ 1069 Abs. 2, 717 S. 1 BGB)²⁾ nichtig sei. "Geht .. die Absicht der Parteien", heißt es weiter³⁾, "... dahin, daß der Besteller dem anderen Theile die Ansprüche auf die ihm gebührenden Gewinnantheile und auf den bei der Auseinandersetzung sich ergebenden Überschuß über das Einlagekapital überlassen will und soll ..., so steht der Aufrechterhaltung des Vertrages insoweit nichts entgegen". Als zweiter Beispielsfall ist die Aufrechterhaltung eines nichtigen einseitigen Erbeinsetzungsvertrages als letztwillige Verfügung erwähnt.⁴⁾ In diesem zweiten Fall ist das aufrechterhaltene Geschäft, nämlich die letztwillige Verfügung, als rechtsgeschäftliche Teilregelung in dem nichtigen Erbvertrag vollständig enthalten. Im ersten Beispielsfall trifft dies jedoch nicht zu. Der nichtige Nießbrauchsbestellungsvertrag enthält nicht als rechtsgeschäftliche Regelung eine Abtretung der Gewinnansprüche. Jedoch wären die rechtlichen Wirkungen einer solchen Abtretung durch den Nießbrauchsvertrag, sofern ein solcher wirksam wäre, vermittelt worden. Das nichtige Rechtsgeschäft enthält somit in diesem Falle zwar nicht das andere Rechtsgeschäft als rechtsgeschäftliche Teilregelung, jedoch dessen rechtliche Wirkungen.

cc) Zusammenfassung und Schlußfolgerungen

Zusammenfassend lassen sich somit den Gesetzesmaterialien für die Frage, ob und ggf. in welchem Umfange das nichtige Rechts-

1) Motive I 218.

2) Heute wird die Nießbrauchsbestellung an einem Anteil an einer Personengesellschaft ganz überwiegend als zulässig angesehen, wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen, vgl. Sudhoff, NJW 1971, 481; Bunke, DNotZ 1968, 5, 7; Baums, DB 1981, 355 m.w.N. in Fn. 2.

3) Motive I 218.

4) Motive a.a.O.

geschäft auch seinem Inhalte nach den Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts entsprechen muß, folgende Gesichtspunkte entnehmen:

(1) Die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen

Die Materialien fordern zwar einerseits, daß das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein müsse. Dies bedeutet aber auch nach den Motiven und Protokollen nicht, daß das umgedeutete Geschäft als eine rechtsgeschäftliche Teilregelung mit dem nichtigen Rechtsgeschäft mitvorgenommen sein müßte. Dies kann nach den Gesetzesmaterialien der Fall sein, wie das in den Motiven gegebene Beispiel der Aufrechterhaltung eines einseitigen Erbeinsetzungsvertrages als die darin enthaltene und als solche mit vorgenommene letztwillige Verfügung zeigt. Dies ist aber auch nach den Vorstellungen der Verfasser des BGB nicht notwendige Voraussetzung für die Umdeutung, wie dies das andere Konversionsbeispiel, nämlich die Umdeutung einer nichtigen Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil in die Abtretung der Gewinnansprüche, zeigt. Bei dem letzten Beispiel steht nicht die rechtsgeschäftliche Regelung im Vordergrund der Konversion, sondern die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die die Beteiligten mit der Bestellung des Nießbrauchs an dem Gesellschaftsanteil verfolgt haben. Und die Abtretung der Gewinnansprüche als solche ist nicht als rechtsgeschäftliche Teilregelung in dem Nießbrauchsvertrag enthalten. Die Abtretung ist vielmehr lediglich das geeignete, d.h. das nach der Rechtsordnung zulässige rechtliche Mittel zur Durchsetzung der angestrebten Ziele der Parteien. Und zur Durchsetzung dieser Ziele wird von der rechtsgeschäftlichen Regelung, so wie sie die Parteien vorgenommen haben, abstrahiert. Die rechtstechnische Form der beabsichtigten Regelung tritt zugunsten der Verwirklichung des Willens der Parteien in den Hintergrund.

Führt man diesen Gedanken fort, so besteht kein Grund, die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine

Verfügung von Todes wegen allein mit der Begründung auszuschließen, daß ein Rechtsgeschäft unter Lebenden eine Verfügung von Todes wegen nicht enthalte. Denn auch in diesem Fall bedeutet die Konversion lediglich die Überwindung der rechtstechnischen Form des nichtigen Rechtsgeschäfts zugunsten der mit dem Geschäft angestrebten Ziele, wie sie auch nach den Vorstellungen der Verfasser des BGB, nach den Konversionslehren Windscheids und Flumes selbst dem Grundsatz nach zulässig sein sollte. Von dem Wechsel der rechtsgeschäftlichen Form innerhalb der Rechtsgeschäfte unter Lebenden zum Wechsel eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in die Rechtsform einer Verfügung von Todes wegen ist es nur ein kleiner Schritt, dessen Vollziehung nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht ausgeschlossen wird und der durch Sinn und Zweck der Umdeutung, den in der Form des nichtigen Rechtsgeschäfts fehlgeschlagenen Willen der Parteien mit den Mitteln des geltenden Rechts soweit wie möglich zu verwirklichen, geboten ist.¹⁾ Hiernach ist allein entscheidend, ob das Geschäft in umgedeuteter Form die wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele, die die Parteien mit dem als solchen nichtigen Geschäft erreichen wollten, ganz oder teilweise verwirklicht. Für eine diesem Sinn entsprechende Anwendung des § 140 BGB ist es demgegenüber gleichgültig, in welcher rechtstechnischen Form den Willen der Parteien zum Erfolg verholffen werden kann. Die Kritik der herrschenden Meinung²⁾, wonach die Ansicht Flumes den Anwendungsbereich des § 140 BGB zu stark einengt, ist daher gerechtfertigt.

(2) Die Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden Wirkungen

Dagegen sprechen durchgreifende Bedenken gegen die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts in ein anderes mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen. Eine solche Umdeutung wäre vom Sinn und Zweck des § 140 BGB nicht mehr getragen.

1) ebenso insbes. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 98, 99; Tiedtke, NJW 1978, 1572, 2575.

2) zur Rechtslehre vgl. im einzelnen O. S. 111ff;
zur Rechtsprechung vgl. im einzelnen o. S. 139ff.

Hält man sich zunächst die historische Entwicklung des Anwendungsbereichs der Umdeutung vor Augen, so wurde vom Gesetzgeber die Konversion als Fall qualitativer Teilnichtigkeit und allenfalls auch dann als zulässig angesehen, wenn die rechtlichen Wirkungen des Ersatzgeschäftes durch das beabsichtigte, aber nichtige Geschäft vollständig vermittelt worden wären. Der Anwendungsbereich des § 140 BGB ist dabei nicht auf Fälle beschränkt, in denen das Ersatzgeschäft ein gleichartiges minus ist, sondern auch dann zulässig, wenn das letztere ein ungleichartiges aliud darstellt. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Umdeutung, dem wirtschaftlichen Ziele der Parteien zum Erfolg zu verhelfen. Es besteht dagegen aber kein Bedürfnis, den wirtschaftlichen Zielvorstellungen, die die Parteien gehabt haben, durch ein Ersatzgeschäft in einem höheren Maße Rechnung zu tragen, als die Parteien in ihrer Vorstellung mit dem beabsichtigten Geschäft erreicht hätten. Denn dann würde den wirtschaftlichen Zielvorstellungen der Parteien eine Bedeutung beigemessen, die ihnen die Rechtsordnung grundsätzlich nicht beimißt und unter Berücksichtigung der Grundsätze der Privatautonomie auch nicht beimessen kann:

Die Ziele, die die Parteien zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts bewegen, können ganz unterschiedlicher Art sein. So kann es der einen Partei bei dem Abschluß eines Grundstückskaufvertrages darauf ankommen, mit dem Grundstück zu spekulieren. Einem anderen kann es in der Hauptsache darum gehen, auf Lebzeiten eine sichere Wohnmöglichkeit zu erhalten, einem Dritten kann es um Ziehung der Früchte aus dem Grundstück gehen. Die verschiedenen wirtschaftlichen Zielvorstellungen liegen im Bereich der Motive und Beweggründe, die individuell verschieden sein können und nicht notwendig erklärt oder erkennbar sein müßten. Sie sind für den Inhalt der Willenserklärung grundsätzlich irrelevant und können allenfalls im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen Rückschlüsse darauf zulassen, was die Parteien als rechtsverbindliche Regelung mit ihren Erklärungen vereinbaren wollten. Der von der Partei ausdrücklich erklärte oder aus ihrer Erklärung ersichtliche, von ihr beabsichtigte Zweck des Geschäfts ist unter vielen anderen Gesichtspunkten ledig-

lich ein Umstand, der den Sinn der betreffenden Willenserklärung (mit)bestimmen kann.¹⁾ Die wirtschaftlichen Zielvorstellungen selbst entscheiden aber nicht über den rechtsgeschäftlichen Inhalt einer Willenserklärung. Entscheidend ist allein der Inhalt der betreffenden Willenserklärung, die die Partei abgegeben hat und durch die dasjenige, was als rechtsverbindliche Regelung der Parteien in Geltung gesetzt werden sollte, zum Ausdruck gekommen ist. Für das, was die Parteien als rechtsgeschäftliche Regelung vereinbaren wollten, steht das (nichtige) Rechtsgeschäft. Die von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Ziele sind, soweit sie in der Willenserklärung Ausdruck gefunden haben, bereits bei der Auslegung ihrer Erklärungen ggf. in deren Inhalt miteingeflossen. Die rechtsgeschäftliche Regelung, die die Parteien mit ihren Erklärungen in Geltung setzen wollten, steht mit der beabsichtigten, aber nichtigen Regelung fest. Hieran ist der Richter gebunden, Wenn nun § 140 BGB auch extensiv dahin auszulegen ist, daß das andere Geschäft weder mitvorgesehen zu sein braucht, noch notwendig ist, daß dessen Rechtsfolgen vollständig durch das nichtige Geschäft vermittelt worden wären, die Umdeutung vielmehr auch in ein ungleichartiges aliud möglich ist, um den angestrebten wirtschaftlichen Zielvorstellungen zum Erfolg zu verhelfen, so bedeutet dies aber umgekehrt nicht, daß nunmehr über den Inhalt des Ersatzgeschäftes allein der auf den wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Wille der Parteien entscheide und der Inhalt der Willenserklärung, die im nichtigen Geschäft zum Ausdruck gekommen ist, gegenüber den wirtschaftlichen Zielvorstellungen ganz in den Hintergrund träte oder sogar gänzlich irrelevant würde. Dementsprechend stellt § 140 BGB nicht allein darauf ab, ob die wirtschaftlichen Zielvorstellungen durch ein anderes Geschäft hätten erreicht werden können. Das nichtige "Rechtsgeschäft", also die von den Parteien vorgenommene rechtsgeschäftliche Regelung, muß den Erfordernissen des anderen Geschäfts entsprechen. Es geht, wie dies der Tatbestand der Vorschrift deutlich macht, bei § 140 BGB nicht darum, den wirtschaftlichen Zielvorstellungen der Parteien ohne Rücksicht auf die nichtige Regelung zum Erfolg zu verhelfen. Eine

1) vgl. Flume, AT II, S. 310ff, 312.

Umdeutung ist gem. § 140 BGB vielmehr nur zulässig, wenn das nichtige Rechtsgeschäft auch den inhaltlichen Erfordernissen des anderen entspricht. Denn sonst besteht die Gefahr, daß im Wege der Umdeutung eine Regelung zur Geltung gelangt, die von dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien nicht mehr umfaßt wird und somit dem Schuldner Verpflichtungen aufgebürdet werden, die er nicht hat übernehmen wollen. Nach den Grundsätzen der Privatautonomie müssen aber die Parteien das Rechtsgeschäft schließen. Sie können dies nicht (auch nicht gem. § 140 BGB) auf den Richter abwälzen. Die inhaltliche Grenze der Umdeutung wird deshalb durch die rechtsgeschäftliche, als solche nichtige Regelung gezogen. Eine Umdeutung mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen als den beabsichtigten und erklärten würde somit dem Grundsatz privatautonomer Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch die Parteien nicht Rechnung tragen und würde den wirtschaftlichen Zielvorstellungen der Parteien zu einer rechtlichen Relevanz verhelfen, die die Rechtsordnung sonst nicht kennt.

Weiterhin ergeben sich Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Es ist oft schwierig, die wirtschaftlichen Zielvorstellungen, die nicht Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Regelung selbst geworden sein müssen, im einzelnen zu bestimmen. Denn mit ein und demselben Rechtsgeschäft können, wie dargestellt, die unterschiedlichsten Zwecke und Ziele verfolgt werden. Außerdem ist die Feststellung dessen, was die Parteien vereinbart hätten, stets mit einer Unsicherheit belastet. Es besteht deshalb die Gefahr, die durch die Umdeutung belastete Partei über Gebühr in Anspruch zu nehmen. Das nichtige Rechtsgeschäft bietet dagegen die Möglichkeit einer relativ klaren Grenzziehung, inwieweit die belastete Partei mit einer ihr nachteiligen Regelung rechnen darf.

Die Umdeutung in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden Wirkungen, z.B. einer letztwilligen Verfügung in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, wäre auch interessenwidrig. Die begünstigte Partei würde durch die Umdeutung mehr an Rechtsmacht erhalten, als ihr der Erblasser mit der nichtigen Verfügung zgedacht hat. Der Bedachte zieht somit letztlich aus der Nichtigkeit der be-

absichtigten letztwilligen Verfügung einen Vorteil. Er erhält mehr, als wenn die Verfügung wirksam gewesen wäre. Diesem Vorteil steht der Nachteil der belasteten Partei, in aller Regel die Erben, gegenüber. Ein solches Ergebnis ist aber mit Sinn und Zweck des § 140 BGB nicht mehr zu vereinbaren. Diese Vorschrift will den in Unkenntnis der wahren Rechtslage gescheiterten Willen der Parteien vor den endgültigen Nichtigkeitsfolgen schützen, nicht aber der durch das Rechtsgeschäft begünstigten Partei zu einem ihr nach dem (nichtigen) Rechtsgeschäft selbst nicht zugestandenen Vorteil verhelfen. Es ist deshalb mit dem Gesetz eher zu vereinbaren, wenn für den Fall, daß nur ein Ersatzgeschäft mit weitergehenden Wirkungen in Frage kommt, es bei der Nichtigkeit der betreffenden Verfügung zu belassen und eine Umdeutung auszuschließen.

Die Umdeutung in ein Rechtsgeschäft mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen, insbes. die Umdeutung eines gem. § 2302 BGB unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts in das betreffende Verfügungsgeschäft, läßt sich auch nicht mit dem Verbot des venire contra factum proprium gem. § 242 BGB rechtfertigen, wie es Battes vertritt.¹⁾ Denn zum einen setzt sich der Verpflichtete durch die Weigerung, die betreffende Verfügung zu treffen, schon deshalb nicht treuwidrig in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten, weil die Verpflichtung, in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen, gem. § 2302 BGB nichtig ist. Die Berufung auf die gesetzlich angeordnete Nichtigkeitsfolge ist aber in aller Regel, sofern nicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen besondere Umstände hinzutreten, nicht treuwidrig.²⁾ Selbst wenn man aber mit Battes den Erblasser an die (nichtige) Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten letztwilligen Verfügung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB gebunden wissen wollte, so könnte man allenfalls zu einem entsprechenden schuldrechtlichen Anspruch, nicht aber zu dessen Erfüllung gelangen. Denn auch § 242 BGB gibt ebensowenig wie § 140 BGB die Möglichkeit, fehlende Erklärungen zu fingieren und den Begünstigten zum Erben zu erklären, wie Battes vertritt³⁾, wenn eine ent-

1) vgl. dazu o. S. 127f.

2) so z.B. im Rahmen formwidriger Verträge, vgl. dazu o. S. 77ff.

3) Battes, AcP 178, 337, 358; dazu o. S. 127, 128.

sprechende letztwillige Verfügung nicht vorliegt. Eine solche Vorgehensweise wäre mit dem Gedanken der Privatautonomie, wonach es Sache der Parteien ist, ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich durch Rechtsgeschäft zu regeln, nicht vereinbar.

Zu ebenfalls untragbaren Ergebnissen kann man gelangen, wenn man die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts unter Lebenden in ein anderes mit weitergehenden Wirkungen zuläßt. So wird z.T. in der Rechtslehre die Umdeutung einer nichtigen Forderungsverpfändung in eine Sicherungszession zugelassen. Im Falle der Sicherungsabtretung wird der Zessionar Inhaber der Forderung. Tritt Pfandreife ein, so darf er die Forderung endgültig behalten. Gerade diese Rechtsfolge ist aber im Falle der Forderungsverpfändung durch §§ 1277 S. 2, 1229 BGB zwingend untersagt: Danach ist eine Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das verpfändete Recht zufallen oder übertragen werden soll, nichtig. Andererseits ist die Durchsetzung der Sicherheit im Falle der Sicherungszession wesentlich leichter als bei der bloßen Verpfändung: Während im Fall der Pfandreife gem. § 1277 BGB der Pfandgläubiger eine Befriedigung aus dem verpfändeten Recht nur aufgrund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften der ZPO suchen kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, kann der Gläubiger der Sicherungszession (ganz nach seinem Belieben) die Forderung bei Pfandreife als eigenes Recht sofort geltend machen.

Die Umdeutung führt also dahin, daß der Gläubiger aufgrund des ursprünglichen Geschäfts wesentlich besser gestellt steht, als wenn das Geschäft von vornherein in der beabsichtigten Form und unverändert wirksam gewesen wäre. Die Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen wird somit letztlich zum Gewinn des Gläubigers und zu einem größeren Nachteil des Schuldners, als wenn die Parteien von vornherein die gesetzlichen Voraussetzungen des beabsichtigten Geschäfts eingehalten hätten. Dies ist nicht sachgemäß.

An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn man es mit Krampe¹⁾ als Voraussetzung der Umdeutung ansieht, daß sich das

1) zu der Ansicht von Krampe vgl. o. S. 133ff.

Erklärte "auch" als das Ersatzgeschäft auslegen läßt. Diese Voraussetzung hat Krampe z.B. in der Entscheidung des BGH vom 30.11.1977¹⁾ als erfüllt angesehen, in der der BGH ein gem. § 2271 Abs. 2 BGB unwirksames Vermächtnis in einen durch den Tod der Erblasserin aufschiebend bedingt vollzogen schenkweisen Erlaßvertrag umgedeutet hat: "Die Parteien haben", argumentiert Krampe²⁾, "zwar die Worte 'Erbvertrag' und 'Vermächtnis' gebraucht. Dies mögen Indizien sein, die für eine Verfügung von Todes wegen sprechen, zumal die Vertragsurkunde von einem Notar aufgesetzt wurde. Doch eine Auslegung als lebzeitiges Rechtsgeschäft ... ist deswegen keineswegs ausgeschlossen. Denn die Erblasserin spricht auch von 'Erlassen' der Darlehensschuld ..."

Krampe ist zuzugeben, daß in diesem Fall eine Auslegung der Erklärungen, die deren Nichtigkeit mit einbezieht, zu einem schenkweisen Erlaß gelangen kann. Durch den Gebrauch des Wortes "Erlassen" findet sich in den Erklärungen andeutungsweise ein Anhaltspunkt, der auf das Geschäft in umgedeuteter Form, nämlich den Erlaßvertrag, hinweist. Jedoch rechtfertigt es dieser Gesichtspunkt nicht, den als Vermächtnis gem. § 2271 Abs. 2 BGB nichtigen Erklärungen als Rechtsgeschäft unter Lebenden mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen Geltung zu verschaffen. Denn wenn die vormaligen erbvertraglichen Verfügungen von Todes wegen nicht gem. § 2271 Abs. 2 BGB bindend geworden wären und damit die neuerliche Verfügung, nämlich das spätere Vermächtnis in dem zweiten Erbvertrag, nicht gegen die Bindungswirkung des § 2271 Abs. 2 BGB verstoßen hätte, dann hätte kein Zweifel bestanden, das im Rahmen des Erbvertrages abgegebene Vermächtnis auch als solches zu qualifizieren. Auf den Gedanken, das Vermächtnis als schenkweisen Erlaß unter Lebenden zu qualifizieren, wäre dann wohl niemand gekommen.

Diese "Um-Qualifikation", auch wenn ein Anhaltspunkt für das andere Rechtsgeschäft gegeben sein mag, ist demnach nichts anderes als eine andere rechtliche Bewertung der Parteierklärungen, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in die Überlegungen miteinbezieht und zum Ziel hat, die Nichtigkeit zu überwinden. Gerade

1) BGH NJW 1978, 423f; dazu o. S. 162f.

2) Krampe, Konversion, S. 187.

dies, mag man es "Um-Qualifikation" oder Umdeutung nennen, ist nicht zu Lasten des Schuldners möglich, um auf der anderen Seite dem Berechtigten einen übergroßen Vorteil zu verschaffen: Liegen die Voraussetzungen des § 140 BGB vor, so steht der Berechtigte zwar besser, als wenn es bei der Nichtigkeit des Geschäfts bleibt. Warum aber die Nichtigkeit der beabsichtigten Regelung letztlich zu einem größeren Vorteil des Berechtigten führen soll, als wenn das Geschäft in der vorgenommenen Form wirksam gewesen wäre, ist nicht einzusehen. Die Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden rechtlichen Wirkungen ist deshalb auch dann nicht möglich, wenn die als solche nichtige Regelung andeutungsweise einen Hinweis auf das weitergehende andere Geschäft enthält.

d) Ergebnis

Das nichtige Rechtsgeschäft muß auch seinem Inhalt nach den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen. Diese Voraussetzung des § 140 BGB ist erfüllt, wenn die Parteien die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die sie mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft angestrebt haben, mit Hilfe eines anderen Rechtsgeschäfts hätten erreichen können, die Rechtsordnung also ein anderes Rechtsgeschäft kennt, das geeignet gewesen wäre, die Wirkungen, die das nichtige Rechtsgeschäft hervorbringen sollte, ganz oder teilweise zu verwirklichen. Auf die konkrete rechtsgeschäftliche Ausgestaltung des anderen Geschäfts kommt es dabei nicht entscheidend an. Auch die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen kann in Frage kommen, wenn die letztwillige Verfügung das geeignete rechtliche Mittel ist, um die Ziele der Parteien zu verwirklichen. Dagegen entspricht das nichtige Rechtsgeschäft nicht den (inhaltlichen) Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, wenn das in Frage kommende Ersatzgeschäft zu weitergehenden rechtlichen Wirkungen führen würde, als das nichtige Rechtsgeschäft, seine Wirksamkeit unterstellt, erzeugt hätte. Dies ist der Fall, wenn durch das Ersatzgeschäft der Schuldner mehr bela-

stet ist, der Verfügende mehr an Rechtsmacht verliert, der letztwillig Verfügende schon zu Lebzeiten oder dessen Erben mehr belastet werden.

e) Insbessondere: Inhaltliche Erfordernisse bei der Umdeutung im Wertpapierrecht

Die Anwendung der obigen Grundsätze wirft im Wertpapierrecht besondere Fragen auf.

aa) Ungültige Erklärungen auf gültigen Wechseln

Das Indossament auf einem mangels Privilegierung des Lagerhalters i.S.d. § 363 Abs. 2 HGB nicht durch Indossament übertragbaren Lagerschein, das zum Zwecke der Eigentumsübertragung der eingelagerten Sachen gegeben wird, kann ggf. in eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. § 931 BGB hinsichtlich der im Lagerschein bezeichneten Gegenstände umgedeutet werden.¹⁾ Ebenso kann ein nichtiges Indossament auf einem ansonsten gültigen Wechsel oder Scheck als Abtretung der wechsel- und scheckrechtlichen Ansprüche aufrechterhalten werden.²⁾ Die Abtretung ist gegenüber dem Indossament ein Weniger. Denn der Indossant kann auch von einem späteren Inhaber im Wege des Rückgriffs wechsel- und scheckmäßig in Anspruch genommen werden (Garantiefunktion des Indossaments).³⁾ Diese Möglichkeit besteht bei einer Abtretung nicht. Ebenso wäre es denkbar, eine mangels ordentlicher Unterschrift unwirksame Wechselbürgschaft i.S.d. Art. 30ff WG als (formlose) Bürgschaft gem. § 765 BGB i.V.m. § 350 HGB umzudeuten, wenn der Bürge Kaufmann und seine Erklärung für ihn ein Handelsgeschäft ist. Durch die Umdeutung erhöhen sich die Pflichten nicht, weil die bürgerlich-rechtliche Bürgschaft anders als die wechselfähige gem. § 767 BGB akzessorisch ist.

1) RG SeuffA 67 Nr. 83.

2) Quassowski-Albrecht Art. 11 Rdn. 6

3) vgl. Staub/Stranz Art. 11 Anm. 8; vgl. auch RG JW 1896, 285.

Auch im Rückgriff steht der Bürge i.S.d. § 765 BGB nicht schlechter, weil gem. §§ 774 Abs. 1, 401 BGB die wechselfähigen Rückgriffsrechte, die er als Wechselbürge gem. Art. 32 Abs. 3 WG gehabt hätte, auf ihn übergehen.¹⁾

bb) Erklärungen auf ungültigen Wechseln und Schecks

Eine andere Situation ergibt sich, wenn Wechsel und Schecks selbst nichtig sind, z.B. weil es der Urkunde an einem notwendigen Bestandteil gem. Art. 1 bzw. 75 WG bzw. Art. 1 SchG fehlt. In diesem Falle kann z.B. ein an sich nicht zu beanstandendes Wechselindossament keine wechselfähigen Ansprüche übertragen, da diese nicht zur Entstehung gelangt sind. Das Indossament geht ins Leere und ist deshalb ebenso wie alle sonstigen Wechselserklärungen nichtig i.S.d. § 140 BGB. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

(1) Gezogene Wechsel

(a) Umdeutung des gezogenen Wechsels in eine Anweisung

Ein nichtiger gezogener Wechsel kann den formalen Erfordernissen einer Anweisung i.S.d. §§ 783ff BGB oder § 363 Abs. 1 S. 1 HGB entsprechen.²⁾ Das Akzept auf einem nichtigen Wechsel kann demgemäß als Annahme der Anweisung gem. § 784 BGB aufrechterhalten werden, so daß der Akzeptant nach Maßgabe des § 784 Abs. 1 S. 1 BGB zur Leistung der angewiesenen Geldsumme (vgl. Art. 1 Nr. 2 WG) zum Verfalltage verpflichtet ist. Die Rechtsposition des Wechsellausstellers entspricht der des Anweisenden i.S.d. § 783 BGB, diejenige des Remittenten der Rechtsposition des Anweisungsempfängers. Dementsprechend gilt die Erklärung des Ausstellers als die doppelte Ermächtigung gem. § 783 BGB, nämlich

1) vgl. dazu im einzelnen Reinicke, WM 1961, 466, 467ff; Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld, S. 258, 259; ebenso BGHZ 35, 19, 21f.

2) vgl. im einzelnen o. S. 102ff.

die des Anweisungsempfängers, die Leistung bei dem Angewiesenen zu erheben und die des Angewiesenen, an den Anweisungsempfänger zu leisten. Wurde der Wechsel weiter indossiert, so entspricht die Rechtsposition des Indossatars der des Erwerbers nach § 792 BGB. Das Indossament, das mangels wechselrechtlicher Ansprüche ins Leere geht, ist als Übertragung der dem Indossanten zustehenden Rechte aufrechtzuerhalten¹⁾, also als Übertragung der Anweisung gem. § 792 BGB. Das gleiche gilt, wenn die wechselmäßigen Ansprüche durch Abtretung übertragen worden sind. Entspricht der nichtige Wechsel den Erfordernissen einer kaufmännischen Anweisung gem. § 363 Abs. 1 S. 1 HGB, so bestehen keine Bedenken, das Indossament auf dem nichtigen Wechsel als Indossament i.S.d. § 364 HGB aufrechtzuerhalten.

In all diesen Fällen entspricht die betreffende nichtige wechselrechtliche Erklärung auch inhaltlich den Erfordernissen der Ersatzgeschäfte: Die Haftung nach §§ 783ff BGB bedeutet insbes. für den Akzeptanten kein Mehr an Verpflichtungen. Denn zum einen haftet der Angewiesene gem. § 784 Abs. 1 BGB unmittelbar nur dem Anweisungsempfänger, nicht aber - wie dies in Art. 28 Abs. 2 WG bestimmt ist - auch dem Aussteller und jedem anderen Inhaber. Bei der Anweisung haftet der Akzeptant nur dann einem späteren Erwerber unmittelbar, wenn er gem. § 792 Abs. 3 S. 1 BGB ihm gegenüber die Anweisung angenommen hat. Ansonsten bleiben ihm Einwendungen gegenüber den Rechtsnachfolgern des Anweisungsempfängers gem. § 792 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 404 BGB erhalten.²⁾ Weiterhin ist der Akzeptant bei der wechselmäßigen Haftung z.B. gem. Art. 28 Abs. 2, 48 Abs. 1 Nr. 2, 49 Nr. 2 WG i.V.m. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Wechsel- und Scheckzinsen (WSchZinsG)³⁾ verpflichtet, ab dem Verfalltag bzw. dem Tag der Einlösung die Wechselsumme mit 2 v.H. über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz, mindestens aber 6 v.H. zu zahlen. Bei der Anweisung finden diese Vorschriften keine Anwendung, so daß es im Falle des Zahlungsverzuges bei dem gesetzlichen Zinssatz gem. § 288 Abs. 1 S. 1 BGB in Höhe von 4 v.H. bzw., wenn es sich

1) vgl. Staub/Stranz Art. 2 Anm. 21.

2) vgl. Palandt-Thomas § 792 Anm. 3.

3) Gesetz v. 3.7.1925 (RGBl. I, S. 93, BGBI. III 4132-3.

um ein mehrseitiges Handelsgeschäft handelt, gem. § 352 HGB in Höhe von 5 v.H. verbleibt.

Soll der Aussteller des (nichtigen) Wechsels in Anspruch genommen werden, so ist dem Gläubiger allerdings durch eine Umdeutung in eine Anweisung nach §§ 783ff BGB oder § 363 Abs. 1 S. 1 HGB nicht gedient. Denn der Anweisende, dessen Rolle der des Wechselausstellers entsprechen würde, haftet nach den Vorschriften über die Anweisung nicht.¹⁾

(b) Umdeutung in sonstige bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen

Sind die Voraussetzungen einer Anweisung gem. § 783 BGB nicht gegeben, weil der Wechsel an eigene Order lautet und es damit an der notwendigen Personenverschiedenheit von Anweisenden und Anweisungsempfänger fehlt oder die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht worden ist (vgl. § 363 Abs. 1 S. 1 HGB), so kommt die Umdeutung des Akzepts in ein abstraktes Schuldversprechen oder -anerkennnis gem. § 780 BGB bzw. § 781 BGB gegenüber demjenigen, der als Remittent auf dem nichtigen Wechsel bezeichnet ist, in Betracht. Lautet der Wechsel an eigene Order, so daß eine Umdeutung in eine Anweisung bürgerlichen Rechts ausscheidet, so ist Empfänger des bürgerlich-rechtlichen Schuldversprechens der Aussteller selbst. Das gleiche gilt, wenn die Parteien zwar Kaufleute sind, eine Umdeutung in eine kaufmännische Anweisung aber daran scheitert, daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht worden ist. Übertragungen des nichtigen Wechsels sind entsprechend den obigen Ausführungen als Abtretung des Rechts des Gläubigers aus dem Schuldversprechen bzw. -anerkennnis aufrechtzuerhalten. Auch diese Verpflichtungen bedeuten aus den vorstehenden Gründen für den Akzeptanten keine größere Belastung als die wechselfähige Haftung.

Die Erklärungen der Wechselgaranten (Aussteller, Indossanten, Bürgen) können dagegen nicht als abstraktes Schuldversprechen

1) vgl. RG LZ 1915, Sp. 441.

gem. § 780 BGB, bzw. Schuldanerkennnis gem. § 781 BGB, als Schuldübernahme oder Garantievertrag aufrechterhalten werden. Gleiches gilt für die entsprechenden Erklärungen der Scheckgaranten: Gegen die Aufrechterhaltung der Haftung des Wechselausstellers und der Indossanten sprechen bereits konstruktive Bedenken: Ihre (Rückgriffs-)Haftung beruht nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz. Ihre Haftung wird zwingend von dem WG bzw. SchG vorgeschrieben, ohne daß es auf einen rechtsgeschäftlichen Willen, der auf die Gründung der Rückgriffshaftung gerichtet wäre, ankommt. Im allgemeinen Privatrecht, insbes. in den Rechtsinstitutionen des BGB und HGB, ist eine solche, dem Wechsel- und Scheckrecht vergleichbare gesetzliche Rückgriffsregelung unbekannt. Mangels einer anderweitigen gesetzlichen Bestimmung setzen Bürgschaft, Schuldbeitritt, Schuldmitübernahme, Schuldanerkennnis und -versprechen sowie die Garantie, mit denen eine rückgriffsähnliche Haftung erreicht werden könnte, jeweils ein auf die Begründung der jeweiligen Haftung gerichtetes Rechtsgeschäft zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten voraus, also einen Vertrag (§ 305 BGB).¹⁾ Eine nicht zur Entstehung gelangte gesetzliche Haftung kann aber nicht mit einem nichtigen Rechtsgeschäft gleichgesetzt werden. Jedenfalls aber entspricht die nicht entstandene gesetzliche Haftung nicht ohne weiteres einer rechtsgeschäftlichen Haftung, als die sie nur aufrechterhalten bleiben kann, da mangels gültigen Wechsels (Schecks) das Wechselgesetz (Scheckgesetz) keine Anwendung findet. Eine Umdeutung würde deshalb jedenfalls einen auf die Begründung der wechsellmäßigen Rückgriffshaftung gerichteten Verpflichtungswillen und eine entsprechende Erklärung der Wechselgaranten voraussetzen.²⁾

Aber auch wenn ein solcher rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille festgestellt werden könnte, würde es an weiteren Voraussetzungen des § 140 BGB fehlen. Zwar gehen die Wechselgaranten eine eigene Schuld ein, was insbes. auch für die Wechselbürgschaft gem. Art. 32 WG gilt, die nicht akzessorisch wie bei der

1) vgl. Jacobi S. 344 und 347.

2) ähnlich Hueck/Canaris S. 62; Jacobi S. 347.

Bürgschaft nach §§ 785, 767 BGB ausgestaltet ist.¹⁾ Dennoch würde die Umdeutung die Wechselgaranten schlechter stellen, als wenn der Wechsel wirksam gewesen wäre²⁾: Denn wer ein Schuldversprechen abgibt, eine Schuld übernimmt oder einen Garantievertrag schließt, haftet primär; die Wechselgaranten dagegen haften gem. Art. 43 WG nur für den Fall des Rückgriffs. Mit dieser Begründung hat der BGH³⁾ die Umdeutung eines Blankoindossaments und die Erklärung des Ausstellers auf einem versehentlich unvollständig ausgefüllten und damit nichtigen Wechsel in eine bürgerlich-rechtliche Verpflichtung der bezeichneten Art abgelehnt.⁴⁾ Dementsprechend hielt auch das Reichsgericht⁵⁾ die Umdeutung eines Blankoindossaments in eine Schuldübernahme für unzulässig. Dementsprechend hat das OLG Karlsruhe in einer neueren Entscheidung die Umdeutung einer Erklärung des Ausstellers eines Wechsels in ein Schuldversprechen, kaufmännischen Verpflichtungsschein oder Garantievertrag zu Recht mit der Begründung abgelehnt, "bei all diesen Rechtsinstituten haftet der Verpflichtete primär, während ein Scheckaussteller mit dem Scheck nur die bedingte Rückgriffshaftung nach Art. 12 SchG auf sich nimmt. Eine Umdeutung ... würde deshalb strengere Rechtsfolgen eintreten lassen, als nach dem ursprünglichen Rechtsgeschäft gewollt war ... Dieses ist jedoch nicht statthaft ..."⁷⁾

Fraglich ist, ob die Erklärungen der Wechsel- und Scheckgaranten in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen umgedeutet werden können, die unter der Bedingung stehen, daß der Wechsel bzw. Scheck z.B. mangels Zahlung des Bezogenen zu Protest geht. An sich wäre es denkbar, die Rückgriffshaftung des

1) vgl. Sieg, JZ 1959, 577; zustimmend Opitz S. 170.

2) Reinicke, WM 1959, 1354, 1355.

3) BGH NJW 1957, 1837, 1838 = DB 1957, 1069.

4) ebenso Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 10; Reinicke, DB 1960, 1028; Knur/Hammerschlag Art. 11 Anm. 2; Staub/Stranz Art. 2 Anm. 21.

5) RGZ 130, 82, 84, 85.

6) OLG Karlsruhe OLGZ 1977, 235, 236 = NJW 1977, 589.

7) ähnlich OLG Düsseldorf WM 1973, 403 und 404; Baumbach/Hefermehl Art. 2 SchG Rdn. 5.

Wechsel- und Scheckgaranten durch eine rechtsgeschäftliche Bedingung dieser Art anzunähern, um so z.B. das nichtige Indossament als Garantie- oder Schuldmitübernahme zu den Bedingungen eines Indossaments aufrechtzuerhalten.¹⁾

Jedoch würden die Wechsel- und Scheckgaranten dennoch durch die Umdeutung stärker belastet, als wenn der Wechsel bzw. der Scheck wirksam gewesen wäre: Die Wechsel- und Scheckgaranten haften lediglich als Rückgriffsschuldner; Urschuldner ist dagegen der Akzeptant.²⁾ Zahlt dieser am Verfalltage nicht und werden deshalb, was Voraussetzung des Rückgriffs ist, die Wechselgaranten in Anspruch genommen, so können die Indossanten auf ihre Vormänner zurückgreifen, und der Remittent kann neben dem Bezogenen auch den Aussteller, der Aussteller jedenfalls den Bezogenen, in Anspruch nehmen, vgl. Art. 43ff, 47, 49 WG und Art. 40ff, 44, 46 SchG. Diese Rechte würden dem betreffenden Wechselgaranten bei einer Umdeutung ihrer wechselrechtlichen Erklärungen in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen verloren gehen. Anweisung, auch die kaufmännische³⁾, und Schuldanerkenntnis, Schuldübernahme und Garantievertrag kennen keinen Rückgriff, so daß die Wechselgaranten durch die Umdeutung mehr belastet würden.⁴⁾ Allenfalls könnte deshalb eine Umdeutung der Erklärungen der Wechselgaranten, insbes. der Indossanten und der Wechselbürgen in eine bürgerlich-rechtliche Bürgschaft gem. §§ 765ff BGB bedingt durch den Rückgriff in Betracht kommen, weil dieses Rechtsinstitut eine Rückgriffshaftung kennt: Gem. §§ 774 Abs. 1 S. 1 BGB geht die Forderung des Gläubigers auf den Bürgen, der in Anspruch genommen worden ist, über. So wird in der Rechtslehre von Opitz⁵⁾ die Umdeutung eines Garantieindossaments

1) so Flume, AT II, S. 598 gegen RGZ 130, 82 und BGH NJW 1957, 1837; ähnlich auf Jacobi S. 348.

2) vgl. Reinicke, DB 1960, 1028.

3) Die Verweisung in § 365 Abs. 1 HGB auf Art. 11 bis 13, 36, 74 WO (heute Art. 13, 14 II, 16 und 40 III 2 WG, vgl. Art. 3 Abs. 1 Gesetz v. 21.6.1933, RGBl I S. 409) betrifft nicht die Rückgriffsrechte nach Art. 43ff WG; das Indossament hat daher lediglich Transportfunktion, nicht aber Garantiefunktion, vgl. Opitz S. 167, 168.

4) ebenso Reinicke, Rechtsfolgen, S. 94 gegen Flume.

5) Opitz S. 165ff; ähnlich für Wechselbürgschaft Staub/Stranz Art. 2 Anm. 23.

auf einem nichtigen Wechsel in eine Bürgschaft gem. § 765 BGB für zulässig erachtet. Bei einem Garantieindossament, das hauptsächlich zum Zwecke des Entstehens gewährt wird, und der Bürgschaft bestehe, so argumentiert Opitz¹⁾, eine "wirtschaftliche Gleichheit". Die Rückgriffsrechte würden gem. § 774 Abs. 1 BGB gesichert. Zu den auf den Bürgen nach §§ 774 Abs. 1, 401 BGB übergehenden Forderungen gehörten auch die Ansprüche gegen die übrigen, aus dem umgedeuteten Wechsel Verpflichteten.²⁾ Opitz hält weiterhin auch die Umdeutung eines Indossaments in ein Schuldversprechen, Garantievertrag oder Schuldmitübernahme für möglich, wobei allerdings zur Erhaltung der Rückgriffsrechte § 774 BGB oder § 255 BGB analog anzuwenden seien.³⁾

Gegen diese Ansicht bestehen jedoch durchgreifende Bedenken: Auch wenn man die Rückgriffskonstruktion, die Opitz vorschlägt, für zulässig erachtet, so würde der Wechselgarant dennoch schlechter stehen, als wenn der Wechsel als solcher wirksam gewesen wäre. So ist dieser Ansicht mit Recht entgegengehalten worden⁴⁾, der Indossant stünde bei der Umdeutung in eine Bürgschaft insofern schlechter, als bei Gültigkeit des Indossaments nach Einlösung durch den Wechselgaranten diesem ein wechselrechtlicher Regreßanspruch, und nicht nur ein bürgerlich-rechtlicher, zustehe. Der wechselrechtliche Rückgriffsanspruch ist jedoch wesentlich vorteilhafter als ein nur bürgerlich-rechtlicher. Dies zeigt sich insbes. in der vereinfachten Durchsetzbarkeit der wechselrechtlichen Regreßansprüche. Der zum Rückgriff Berechtigte kann gem. Art. 52 WG auf einen seiner Vormänner einen neuen Wechsel (Rückwechsel) ziehen und diesen ggf. im Wechselprozeß gem. §§ 602ff ZPO gerichtlich geltend machen. Die besonderen Vorteile des Wechselprozesses, insbes. die verkürzten Ladungsfristen gem. § 604 ZPO (gegenüber § 217 ZPO), die Beweiserleichterungen gem. § 605 ZPO sowie die allgemeinen Vorteile des Urkundenprozesses gem. §§ 592ff ZPO, ins-

1) Opitz S. 171.

2) Opitz S. 171, insbes. Fn. 148.

3) Opitz S. 173 und 174.

4) Hueck/Canaris S. 62.

bes. die Beschränkung der Beweismittel gem. § 595 Abs. 2 ZPO und die eingeschränkte Zulassung von Einwendungen gem. § 598 ZPO, die dem Inhaber des Wechsels schnell zu einem Titel verhelfen sollen, stehen dem Bürgen, der gegen den Hauptschuldner Rückgriff nimmt, nicht zu. Außerdem geht der wechselfmäßige Rückgriffsanspruch gem. Art. 48, 49 WG, insbes. hinsichtlich der Zinsen, inhaltlich weiter als der des Bürgen.¹⁾ All diese wechselfmäßigen Rückgriffsrechte können aber nicht gem. §§ 774 Abs. 1, 401 BGB z.B. auf den als Bürgen in Anspruch genommenen Aussteller des Wechsels übergehen, weil der Wechsel nichtig ist und damit die wechselfmäßigen Regreßrechte nicht entstanden sind.

Diese Erwägungen gelten auch für den Wechselbürgen, der sein Aval für den Akzeptanten gegeben hat. Zwar kommt nur der Akzeptant als wechselfmäßiger Regreßschuldner (vgl. Art. 32 Abs. 3 WG) und dementsprechend als Regreßschuldner der Bürgschaft gem. § 765 BGB in Betracht, so daß dem Wechselbürgen durch die Umdeutung keine Regreßschuldner verlorengehen würden. Jedoch würde der Wechselbürge hinsichtlich der Durchsetzbarkeit und hinsichtlich des Inhalts seines Regreßanspruchs durch die Umdeutung schlechter gestellt.

Auch der BGH²⁾ hat dementsprechend zu Recht die Umdeutung der Erklärung des Indossanten und des Ausstellers eines Wechsels in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungen unter der Bedingung des Protestes und der Inanspruchnahme im Wege des Rückgriffs abgelehnt. Allerdings fehlt es nicht erst am subjektiven Tatbestand des § 140 BGB, wie der BGH in der Entscheidung annimmt³⁾, sondern bereits an einem Ersatzgeschäft, dessen Erfordernissen das nichtige entspricht. Denn das umgedeutete Geschäft, nämlich die bürgerlich-rechtlichen Verpflichtungen, würden, wie dargelegt, die Wechselgaranten schlechter stellen, als wenn der Wechsel wirksam gewesen wäre. Aus diesem Grunde können somit die Erklärungen der Wechselgaranten auf einem nichtigen Wechsel nicht in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen umgedeutet werden.

1) vgl. dazu im einzelnen o. S.

2) BGH NJW 1957, 1837.

3) BGH NJW 1957, 1837, 1838.

(c) Verjährung

Besonderheiten für die Umdeutung des Akzepts in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen ergeben sich hinsichtlich der kurzen wechselrechtlichen Verjährungsvorschriften: Gem. Art. 7o Abs. 1 WG verjähren die Ansprüche gegen den Akzeptanten in drei Jahren vom Verfalltage an. Die Verjährungsfristen bei einer Anweisung bzw. einem Schuldversprechen oder -anerkenntnis richten sich nach §§ 194ff BGB und können deshalb 3o Jahre betragen, § 195 BGB. Es sind deshalb Bedenken gegen die Entscheidung RGZ 48, 223ff, in der das RG die Umdeutung eines eigenen Wechsels in einen kaufmännischen Verpflichtungsschein zugelassen hat, erhoben worden.¹⁾

Da der Schuldner durch die Umdeutung nicht schlechter gestellt werden darf und andererseits aber auch der Gläubiger nicht besser, als wenn der Wechsel wirksam gewesen wäre, sind die kürzeren Verjährungsvorschriften nach dem WG auf das umgedeutete Geschäft sinngemäß zu übertragen, wenn dieses einer längeren Verjährungsfrist unterliegen würde.²⁾ Eine Verkürzung der Verjährungsfristen durch Parteivereinbarung ist gem. § 225 S. 2 BGB zulässig. Es bestehen deshalb gegen eine Übertragung der kürzeren Verjährungsfristen auf das umgedeutete Geschäft keine Bedenken. Unterliegt dagegen die umgedeutete Verpflichtung des Akzeptanten der zweijährigen Verjährungsfrist nach § 196 BGB, z.B. weil der Berechtigte Kaufmann ist, so hat es aber gem. § 225 BGB bei dieser kurzen Verjährung zu bleiben.

1) so Michaelis Art. 4 WO Anm. 2.

2) Bernstein, JW 1926, 494, 496; ders., GruchB 69, 39, 43; so auch Staub/Stranz Art. 2 Anm. 2o; Stranz Art. 2 Anm. 2; Opitz S. 168f; a.A.: zum Teil Jacobi (S. 348), der bei der Umdeutung in Verpflichtungsscheine die kurzen wechselrechtlichen Verjährungsvorschriften nicht anwenden will, weil die längere Verjährung nicht "besonders drückend" sei; dies ist jedoch mit dem Verbot der Umdeutung in ein Geschäft mit weitergehenden Wirkungen nicht zu vereinbaren.

(2) Eigene Wechsel

Bei eigenen Wechseln scheidet die Umdeutung in eine Anweisung von vornherein aus, da es jedenfalls an dem für die Anweisung vorgeschriebenen Dreipersonenverhältnis fehlt. Die Erklärungen des Ausstellers des eigenen Wechsels entsprechen aber den inhaltlichen Erfordernissen eines abstrakten Schuldversprechens gem. § 780 BGB bzw. Schuldanerkenntnisses gem. § 781 BGB oder ggf. eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins gem. § 363 Abs. 1 S. 2 HGB. Dies ist, anders als bei gezogenen Wechseln, in der Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt.¹⁾ Es gelten hierfür die gleichen Erwägungen wie für die Umdeutung des Akzepts in selbständige bürgerlich-rechtliche Verpflichtungen.²⁾ Für die Umdeutung der Erklärungen der Garanten des eigenen Wechsels gelten die obigen Erwägungen³⁾ zu den Garanten des gezogenen Wechsels und Schecks ebenfalls entsprechend. Dabei ist zu beachten, daß dem Aussteller des gezogenen Wechsels keine vergleichbare Person beim eigenen Wechsel gegenübersteht. Denn der Aussteller eines eigenen Wechsels steht haftungsrechtlich dem Akzeptanten des gezogenen Wechsels gleich, vgl. Art. 78 Abs. 1 WG.

Zusammenfassend läßt sich somit festhalten:

1. Ungültige Indossamente auf einem kaufmännischen Papier i.S.d. § 363 HGB und auf Wechseln und Schecks entsprechen auch inhaltlich den Erfordernissen einer Abtretung der verbrieften Rechte, da die Abtretung gegenüber dem Indossament keine weitergehenden Wirkungen hat. Ebenso entspricht eine nichtige Wechselbürgschaft auf einem gültigen Wechsel inhaltlich den Erfordernissen einer Bürgschaft bürgerlichen Rechts für die betreffende Wechselverbindlichkeit.

1) vgl. dazu im einzelnen o. S. 102.

2) s. o. S. 188.

3) s. o. S. 188f.

2. Sind Wechsel oder Scheck selbst nichtig, z.B. weil es an einem wesentlichen Bestandteil gem. Art. 1, 75 WG bzw. Art. 1 SchG fehlt, so ist zu unterscheiden:

a) Sind die allgemeinen und besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Anweisung bürgerlichen Rechts oder gem. § 363 Abs. 1 S. 1 HGB erfüllt, so tritt der Wechselaussteller an die Stelle des Anweisenden, der Akzeptant an die Stelle des Angewiesenen, der Remittent an die des Anweisungsempfängers und spätere Inhaber an die Stelle des Erwerbers der Anweisung gem. § 792 BGB bzw. bei der kaufmännischen Anweisung ggf. an die des Indossanten gem. § 364 HGB. Dabei gilt das Akzept als Annahme der Anweisung gem. § 784 BGB, die Erklärung des Ausstellers als die doppelte Ermächtigung nach § 783 BGB; die auf die Wechselübertragung gerichteten Erklärungen, insbes. die Indossamente, sind als Übertragung der dem Veräußerer der Anweisung zustehenden Rechte aufrechtzuerhalten. Die Verpflichtungen des Akzeptanten werden durch eine derartige Umdeutung nicht erhöht. Zu seinen Gunsten greifen aber die kurzen Verjährungsfristen nach Art. 7o WG ein.

b) Liegen die allgemeinen und besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Anweisung nicht vor, so entspricht das Akzept auf dem nichtigen Wechsel auch den inhaltlichen Erfordernissen eines abstrakten Schuldversprechens gem. § 78o BGB bzw. Schuldanerkennnisses gem. § 781 BGB und ggf. eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins gem. § 363 Abs. 1 S. 1 HGB. Denn diese Geschäftebürden dem Akzeptanten keine größeren Pflichten auf als das Akzept. Allerdings sind auch hier zugunsten des Akzeptanten die Verjährungsvorschriften nach Art. 7o WG anzuwenden.

c) In keinem der beiden vorgenannten Fälle können die Erklärungen der sog. Wechsel- und Scheckgaranten (Aussteller, Indossanten, Bürgen) in selbständige Verpflichtungen nach bürgerlichem Recht umgedeutet werden. Denn bei diesen haften die Schuldner primär, während sie wechsel- bzw. scheckmäßig lediglich eine durch den Protest bedingte Rückgriffshaftung eingegangen sind. Die Umdeutung in durch den Protest bedingte selbständige bür-

gerlich-rechtliche Verpflichtungen scheidet ebenfalls aus. Denn den Wechsel- bzw. Scheckgaranten würden auf diese Weise die wechsel- und scheckmäßigen Rückgriffsrechte ihrerseits auf ihre Vormänner bzw. die des Remittenten auf den Bezogenen und Aussteller und die des Ausstellers gegen den Bezogenen genommen.

d) Ein nichtiger eigener Wechsel entspricht den inhaltlichen Erfordernissen eines abstrakten Schuldversprechens bzw. Schuldanerkenntnisses oder ggf. eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins gem. § 363 Abs. 1 S. 2 HGB. Die Ausführungen zu 2 b und 2 c gelten sinngemäß, wobei an die Stelle des Akzeptanten der Aussteller des eigenen Wechsels tritt. Die Umdeutung in eine Anweisung ist dagegen ausgeschlossen.

3. Die Art des anderen Rechtsgeschäfts

§ 140 BGB enthält nach seinem Wortlaut keine Einschränkung dahin, welcher Art das umgedeutete Rechtsgeschäft sein muß. Die Bestimmung fordert lediglich, daß das nichtige den Erfordernissen "eines anderen Rechtsgeschäfts" entsprechen müsse.

a) Zulässigkeit anderer Rechtsform

In der Regel wird das umgedeutete Geschäft einem anderen Rechtsgeschäftstyp zuzuordnen sein. So wurde z.B. ein Vermögensübertragungsvertrag als Erbvertrag¹⁾, die Verpflichtung zur Grundstücksübergabe als Verpflichtung zur Nießbrauchsbestellung²⁾, eine Abtretung als Einziehungsermächtigung³⁾, ein Erbschaftsvertrag als Erbauseinandersetzungsvertrag⁴⁾ und z.B. die Zusage,

1) BGHZ 40, 218ff; ebenso BGHZ 8, 23, 34; BGH FamRZ 1980, 765, 767 = WM 1980, 895, 898 = BGHZ 77, 293 (insoweit jedoch nicht abgedruckt).

2) RGZ 140, 391ff; RG JW 1937, 3153.

3) BGHZ 68, 118, 125.

4) RGZ 129, 122, 123f.

Wohnungs- und Grundstückseigentum nach dem WEG einzuräumen, als die Verpflichtung zur Einräumung eines Dauerwohnrechts¹⁾ aufrechterhalten. Bisweilen kann sich die Umdeutung auch auf die Veränderung der betreffenden Rechtsform beschränken, ohne inhaltlich eine Veränderung zu bringen. So ist es denkbar, z.B. ein formnichtiges öffentliches Testament i.S.d. § 2232 BGB in ein formgültiges privatschriftliches Testament umzudeuten.²⁾

Durch die Konversion kann sich auch die rechtliche Form des Geschäfts verändern. So kann ein Verfügungsgeschäft in einen schuldrechtlichen Vertrag, also z.B. die Bestellung eines Pfandrechts in ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht³⁾, ein gegenseitiger Vertrag in die Einräumung eines einseitigen Optionsrechts⁴⁾, die einseitig gestaltete Willenserklärung in ein Vertragsangebot, also z.B. die Kündigung in ein Angebot zum Abschluß eines Aufhebungsvertrages⁵⁾, aber auch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen⁶⁾ umgedeutet werden.

Die Veränderung der Art des Rechtsgeschäfts durch die Umdeutung ergibt sich häufig schon daraus, daß die Nichtigkeitsnorm an den Rechtsgeschäftstyp geknüpft ist, als der das (nichtige) Geschäft zu qualifizieren ist. Ist das beabsichtigte Rechtsgeschäft z.B. wegen eines Formverstößes nichtig, wie z.B. der Grundstücksübergabevertrag in den Nießbrauchsfällen⁷⁾, so kommt als Ersatzgeschäft nur ein Geschäft in Betracht, das nicht der (nicht eingehaltenen) notariellen Beurkundung gem. § 313 BGB bedarf, wie z.B. die Bestellung eines Nießbrauchs an dem Grundstück.

1) BGH NJW 1963, 339.

2) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 92; Münch-Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 27.

3) vgl. RGZ 124, 28; RGZ 66, 24, 28; RGZ 51, 83; OGHZ 4, 138, 146; BGH NJW 1968, 1674, 1675; OLG Naumburg JW 1929, 70, 71; ebenso RG JW 1928, 174.

4) vgl. RGZ 169, 65, 71.

5) BAG AP Nr. 26 zu § 626 BGB; BGH NJW 1982, 2603.

6) vgl. insbes. RG JW 1910, 467 und die Nachweise o. S. 197 Fn. 1.

7) s. o. S. 5 u. 6.

b) Notwendigkeit anderer Rechtsform

Andererseits setzt die Umdeutung aber nicht voraus, daß das umgedeutete Geschäft von anderer Art ist. Dies wurde allerdings in der älteren Rechtsprechung teilweise vertreten. So hat das KG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1907¹⁾ die Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments, das entgegen § 2265 BGB von Nicht-Ehegatten errichtet worden war, in einzelne Verfügungen abgelehnt, "weil die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene letztwillige Verfügung des einzelnen Testators begrifflich kein anderes Rechtsgeschäft darstellt als die in einem besonderen Testament getroffene Verfügung".²⁾ Das gemeinschaftliche Testament beinhalte lediglich die gleichzeitige Errichtung zweier selbständiger Verfügungen. Anderes gelte dagegen für den Erbvertrag. "Gerade weil der Erbvertrag als ein von dem Testament verschiedenes Rechtsgeschäft gestaltet ist", heißt es in der Entscheidung weiter³⁾, "erscheint die ... Konversion als Testament als zulässig, während die bloß formelle Zusammenfassung zweier selbständiger Testamente in eine Urkunde beim gemeinschaftlichen Testament die Zulässigkeit der Konversion ausschließt".

Diese Argumentation überzeugt nicht. Schon die These, wonach das gemeinschaftliche Testament kein eigenständiger Rechtsgeschäftstypus sei, erscheint nur schwer haltbar angesichts der Tatsache, daß dem gemeinschaftlichen Testament in §§ 2265-2272 BGB ein eigener Titel im dritten Abschnitt des fünften Buches des BGB gewidmet ist und insbes. hinsichtlich der Form (vgl. § 2267 BGB) und wechselbezüglicher Verfügungen (vgl. §§ 2270, 2271 BGB) eigenständige Regelungen erfahren hat.⁴⁾ Jedenfalls aber ist es nicht sinnvoll, die Umdeutbarkeit eines gemeinschaftlichen Testaments, das durch Nicht-Ehegatten errichtet worden ist, davon abhängig zu machen, ob das gemeinschaftliche

1) KG, Beschl. v. 27.6.1907, abgedr. in KGJ 35 A 93ff.

2) KGJ 35 A 93, 98.

3) KGJ 35 A 93, 99.

4) so zu Recht Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 135ff.

Testament einen eigenen Rechtsgeschäftstyp verkörpert oder ob - sofern man dies als Gegensatz dazu ansieht - das gemeinschaftliche Testament nichts weiter ist als die bloß formelle Zusammenfassung zweier Einzelverfügungen mit der Folge, daß die aufrechtzuerhaltende, in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Einzelverfügung kein anderes Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB sei. Diese Argumentation verlagert die Fragen, ob die Aufrechterhaltung der (an sich nicht zu beanstandenden) Einzelverfügung i.E. gerechtfertigt ist, in den Begriff des gemeinschaftlichen Testaments in Unterscheidung zum Begriff der Einzelverfügung. Entscheidend ist demgegenüber, ob die Aufrechterhaltung gemeinschaftlicher Testamente von Nicht-Ehegatten als Einzelverfügungen von der Regelung des § 140 BGB nach dessen Sinn und Zweck erfaßt wird.

Dies ist der Fall: Sinn und Zweck des § 140 BGB bestehen darin, den durch die Vornahme des (unerkannt nichtigen) Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien auch dann zu verwirklichen, wenn sich die Parteien in Verkennung der Rechtslage zwar eines unzulässigen und daher nichtigen Rechtsgeschäfts bedienen haben, die Rechtsordnung ihnen aber zur Erreichung ihrer Ziele einen anderen, rechtlich gangbaren Weg zur Verfügung stellt und anzunehmen ist, daß die Parteien zur Erreichung ihrer Ziele bei richtiger Einschätzung der Rechtslage sich dieses Rechtsgeschäfts bedient hätten.¹⁾ Diese Situation kann auch vorliegen, wenn unverheiratete Personen gemeinschaftlich verfügen: Ihnen ist es nach der Rechtsordnung, nämlich nach § 2265 BGB, verwehrt, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. Gleichgültig, ob man nun das gemeinschaftliche Testament als eigenständigen Rechtsgeschäftstyp auffaßt oder nicht, hat dessen ausschließliche Zulässigkeit nur für Eheleute für Nicht-Ehegatten zur Folge, daß deren gemeinschaftlichen Verfügungen, so wie sie die Testatoren vorgenommen haben, nämlich in ihrer Zusammenfassung, unwirksam sind. Als Einzelverfügungen, die nicht als gemeinschaftliches Testament verbunden sind, hätten die Nicht-Ehegatten dagegen - selbstverständlich - testieren können. Diesen von der Rechtsordnung vorgegebenen Weg haben sie jedoch aufgrund

1) zu Sinn und Zweck des § 140 BGB vgl. insbes. o. S.1 m. Nachw.

der Verkenennung der wahren Rechtslage nicht gewählt. Dies trifft sicherlich die ganz typische Interessenlage der Beteiligten, die durch § 140 BGB erfaßt wird. Dementsprechend ist die Argumentation des Kammergerichts auch in der Rechtslehre¹⁾ auf Kritik gestoßen und es ist mit Recht gefragt worden²⁾, warum es begrifflich ausgeschlossen sein soll, Verfügungen, die in ihrer Verbindung unzulässig sind, als Einzelverfügungen aufrechtzuerhalten. Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich.

Andererseits kann aber auch nicht auf die Voraussetzungen des § 140 BGB völlig verzichtet und das gemeinschaftliche Testament der Nicht-Ehegatten von vornherein nach den Vorschriften über die Einzelverfügungen beurteilt werden, wie dies das Kammergericht in einer jüngeren Entscheidung³⁾ mit dem Argument vertreten hat, das gemeinschaftliche Testament bilde keinen eigenen Rechtsgeschäftstyp, sondern lediglich eine Hülle bzw. Klammer um die darin enthaltenen selbständigen Einzelverfügungen.⁴⁾

Dies hätte zur Folge, daß die Verfügungen des Nicht-Ehegatten, der die Haupteklärung handschriftlich abgesetzt und eigenhändig unterschrieben hat, auch dann wirksam wäre, wenn sie der Erblasser als wechselbezüglich gewollt hat. Es besteht somit die Gefahr, daß gegen den Willen des Erblassers eine (nur) als wechselbezüglich gewollte Verfügung aufrechterhalten bleibt, nämlich dann, wenn die sicherlich zulässige Anfechtung gem. § 2078 BGB unterbleibt. Sieht man dagegen die Verfügung des Nicht-Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament wegen Verstoßes gegen § 2265 BGB als nichtig an, so entscheidet über die Geltung der in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen § 140 BGB. Wahren die Verfügungen oder eine von ihnen für sich genommen die Form des § 2247 BGB, so hängt deren Geltung gem. § 140 BGB davon ab, ob der Erblasser die Ver-

1) Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 135ff; Lutter, FamRZ 1959, 273; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 112; i.E. ebenso Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 17.

2) insbes. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 112.

3) KG, Beschl. v. 15.8.1972, abgedr. in NJW 1972, 2133ff = DNotZ 1973, 158ff.

4) vgl. KG NJW 1972, 2133, 2135.

fügung bei Kenntnis der Nichtigkeit des gemeinschaftlichen Testaments auch als Einzelverfügung gewollt hätte. Erfüllen beide Verfügungen die Form des § 2247 BGB, so wird dies stets anzunehmen sein.¹⁾ Wahrt nur eine Verfügung die Form des Einzeltestaments, weil der andere Teil lediglich mitunterscriben i.S.d. § 2267 BGB hat, so hängt die Aufrechterhaltung davon ab, ob diese Verfügung auch bei Kenntnis der Nichtigkeit des gemeinschaftlichen Testaments und der anderen Verfügung gewollt sein würde. Die Gefahr, daß die Einzelverfügung gegen den Willen des Erblassers Wirksamkeit erlangt, besteht somit bei Anwendung des § 140 BGB nicht. Dies ist interessengerecht.

Das RG²⁾ hat es dementsprechend einige Jahre nach der Entscheidung des KG dahingestellt sein lassen, ob für die Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments von Nicht-Ehegatten "entscheidendes Gewicht darauf zu legen wäre, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen begrifflich kein anderes Rechtsgeschäft seien als die in besonderen Testamenten getroffenen Verfügungen ..." ³⁾ und demgegenüber darauf abgestellt, ob § 2265 BGB, wonach nur Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichten können, der Aufrechterhaltung gemeinschaftlicher Verfügungen von Nicht-Ehegatten entgegenstehe. Diese Frage wird unten noch zu besprechen sein.⁴⁾

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1925 hat das RG⁵⁾ aber die Umdeutung einer unwiderruflichen und deshalb formbedürftigen Vollmacht zur Grundstücksveräußerung in eine widerrufliche und deshalb formfrei mögliche Vollmacht mit der Begründung abgelehnt⁶⁾, die "Streichung der Erklärung, daß die Vollmacht unwiderruflich sein solle, ändert nicht den rechtlichen Charakter des erklärten Rechtsgeschäfts, sondern lediglich den Inhalt

1) für die Zulässigkeit der Umdeutung vgl. v. Lübtow S. 483; ebenso KG OLGZ 1969, 252, 253.

2) RG, Urt. v. 20.5.1915, abgedr. in RGZ 87, 33ff.

3) RGZ 87, 33, 34.

4) s. u. S. 331ff.

5) RG, Urt. v. 10.10.1925, abgedr. in GruchB 68, 538 = HRR 1926 Nr. 360.

6) RG GruchB 68, 538, 542.

desselben dergestalt, daß die Vollmacht ohne die erklärte Bindung des Vollmachtgebers bestehen bleibt. Mag es nun auch mit dem Begriff der Konversion verträglich sein, daß das an die Stelle des erklärten Rechtsgeschäfts gesetzte andere Rechtsgeschäft zugleich einen beschränkten Inhalt erhält, so kann doch andererseits in der bloßen Inhaltsänderung unter Beibehaltung der für die Willenserklärung gewählten Rechtsform keine zulässige Konversion im Sinne des § 140 BGB erblickt werden".

Diese Begründung ist überwiegend auf Kritik gestoßen.¹⁾ So wird u.a. schon die Erwägung des Reichsgerichts angegriffen, wonach eine widerrufliche Vollmacht kein "anderes" Rechtsgeschäft als die unwiderrufliche Vollmacht sei: Siller²⁾ hat gegen diese Argumentation eingewandt, die Ablehnung der bloß inhaltlichen Konversion könne sich nicht auf den Wortlaut des § 140 BGB stützen. Nicht nur das "artverschiedene" sondern auch das nur "inhaltlich geänderte Geschäft" stelle sich "als ein 'anderes' dar". Auch Flume²⁾ sieht die widerrufliche und die unwiderrufliche Vollmacht nicht als gleichartig nebeneinanderstehend an. Es handele sich vielmehr "in Wirklichkeit um zwei wesensmäßig verschiedenartige Rechtsfiguren".⁴⁾ Eine im Interesse des Bevollmächtigten gegebene Vollmacht sei, wenn sie ihren Sinn erfüllen solle, ebenso selbstverständlich unwiderruflich, wie es für die Vollmacht im Interesse des Vollmachtgebers die Widerruflichkeit sei.⁵⁾ Die unwiderrufliche Vollmacht, die inhaltlich grundsätzlich verschiedenartig von der widerruflichen Vollmacht sei, sei ein der letzteren nur "nachgeformtes Rechtsgeschäft".

1) Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 3 e; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 3; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 91f, der jedoch i.E. die Umdeutung ablehnt, weil auch die widerrufliche Vollmacht bei eigenem Interesse des Bevollmächtigten formbedürftig sei, vgl. Reinicke, a.a.O., S. 109ff; wie das RG aber Serozan S. 38; im Ergebnis zustimmend auch Flume, AT II, S. 596 Fn. 87; vgl. dazu weiter im Text und u. S. 300; in BGH BB 1965, 847 wird in einem entsprechenden Fall die Umdeutung nicht geprüft.

2) Siller, AcP 138, 144, 170f.

3) Flume, AT II, S. 596 Fn. 87, S. 597 und S. 882.

4) Flume, AT II, S. 876 und S. 877.

5) ähnlich Müller-Freienfels S. 278ff, 283.

schäft".¹⁾ Legt man diese Erwägungen der Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde, so ändert sich durch die Umdeutung einer unwiderruflichen Vollmacht in eine widerrufliche nicht nur der Inhalt, sondern auch die Rechtsform.

Letztlich ist es aber gleichgültig, ob man die widerrufliche Vollmacht gegenüber der unwiderruflichen als verschiedenartige Rechtsfiguren ansieht oder nicht. Denn auch eine rein inhaltliche Konversion ohne Änderung der Rechtsform muß zulässig sein. Dies gebieten, wie oben dargelegt wurde²⁾, Sinn und Zweck des § 140 BGB, die darin bestehen, den Willen der Parteien in zulässiger Weise soweit wie möglich zu verwirklichen. Dafür ist es unerheblich, ob das umgedeutete Geschäft ein Rechtsgeschäft anderer Art ist oder es unter Beibehaltung der Rechtsform einen nur minderen Inhalt hat.³⁾ Im übrigen sind die hier angesprochenen Fälle dadurch gekennzeichnet, daß eine Vertragsklausel ersatzlos wegfällt und der Rest, so wie er gewollt ist und als eigenständiges Rechtsgeschäft Bestand haben kann, aufrechterhalten wird. So fällt von der unzulässigen Verbindung zweier Testamente das eine weg und das andere bleibt wirksam; die unwiderruflich erteilte Vollmacht verliert die Unwiderruflichkeitsklausel und bleibt somit als widerrufliche bestehen. Das umgedeutete Geschäft ist in der insgesamt nichtigen Regelung als Teilregelung, die für sich allein genommen Bestand haben kann, enthalten. Es handelt sich also um Fälle qualitativer Teilnichtigkeit, die auch von der engsten Ansicht als Umdeutungsfälle anerkannt sind.⁴⁾ Ein Grund, diese Fälle von dem Anwendungsbereich des § 140 BGB auszunehmen, weil das betreffende Ersatzgeschäft kein anderes Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB sei, besteht daher nicht.

Dementsprechend hat sich die Ansicht des RG auch in der Rechtsprechung nicht durchsetzen können. So hat der BGH z.B. in

1) Flume, AT II, S. 877.

2) s. o. S. 200 zu gemeinschaftlichen Testamenten von Nicht-Ehegatten.

3) ähnlich zum Vollmachts-Fall Reinicke, Rechtsfolgen, S. 92; für die Umdeutung, wenn der Bevollmächtigte kein eigenes Interesse an dem vorzunehmenden Rechtsgeschäft hat, auch Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 34.

4) vgl. dazu o. S. 113ff.

einer jüngeren Entscheidung¹⁾ die Umdeutung eines Automaten-aufstellvertrages mit einer ausschließlichen Bindung des Gast-wirts an den Aufsteller, der gem. §§ 18 Abs. 1 Nr. 2, 34 GWB i.V.m. § 125 BGB insgesamt formnichtig war, in einen solchen ohne die betreffende Ausschließlichkeitsklausel für möglich gehalten. Ein Automatenaufstellvertrag ohne Ausschließlichkeitsbindung ist aber gegenüber einem solchen mit Ausschließlichkeitsbindung kein Rechtsgeschäft anderer Art, sondern hat lediglich einen minderen Inhalt. In einem vergleichbaren Fall hat das OLG Celle²⁾ dementsprechend zu Recht ausgeführt: "Das andere Geschäft, das an die Stelle des nichtigen treten soll, muß keine andere Rechtsform (Qualifikation) als das ursprüngliche Rechtsgeschäft haben. Es genügt, daß es denselben Rechtscharakter hat und lediglich in seinem Inhalt von dem nichtigen Rechtsgeschäft abweicht, indem es hinter diesem Inhalt zurückbleibt; denn § 140 BGB bezweckt, dem wahren Willen der Parteien soweit wie möglich zum Durchbruch zu verhelfen, und darum kann es nicht darauf ankommen, ob das Ersatzgeschäft dieselbe Rechtsform aufweist wie das nichtige Geschäft".

c) Inhaltliche Reduktion Übermäßiger Leistungen; quantitative Teilnichtigkeit und Konversion

Die in dem vorstehenden Kapitel (zu II.3.b)) angesprochenen Fälle waren dadurch gekennzeichnet, daß das beabsichtigte Geschäft eine Regelung enthielt, die allein die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts veranlaßte und durch deren vollständige und ersatzlose Streichung das Geschäft im übrigen (unverändert) erhalten blieb. Nun ist es aber auch denkbar, daß der Einklang mit der Rechtsordnung nicht durch ersatzlose Streichung der zur Nichtigkeit des Geschäfts führenden Vertragsbestimmung, sondern durch deren inhaltliche Anpassung wieder hergestellt und auf diese Weise den Zielen, die die Parteien mit dem als solchen insge-

1) BGH, Urt. v. 5.2.1980, abgedr. in NJW 1980, 2517f.

2) OLG Celle NdsRpfl 1975, 89, 93; zustimmend Emmerich, NJW 1980, 1363, 1367f.

samt nichtigen Geschäft verfolgt haben, ganz oder teilweise zum Erfolg verholfen werden kann.

In der Rechtsprechung sind Fälle anerkannt, in denen übermäßige Geschäfte nicht durch quasi Wegstreichen der übermäßigen Regelung, sondern durch deren inhaltliche Reduzierung auf das zulässige Maß aufrechterhalten werden (sog. quantitative Teilnichtigkeit)¹⁾: Ein Vertrag, durch den der Vormund den Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet, bedarf zu seiner Wirksamkeit gem. § 1822 Nr. 5 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach dem Eintritt der Volljährigkeit des Mündels fort-dauern soll. Bei kürzerer Laufzeit bedarf er der Genehmigung dagegen nicht. Hat nun der Vormund z.B. einen Pachtvertrag entgegen § 1822 Nr. 5 BGB ohne die erforderliche vormundschafts-gerichtliche Genehmigung geschlossen und wird diese im nach-hinein auch nicht gem. § 1829 BGB erteilt, so kann nach stän-diger Rechtsprechung des RG und des BGH²⁾ der Vertrag mir kür-zerer, nach § 1822 Nr. 5 BGB nicht genehmigungsbedürftiger Laufzeit aufrechterhalten werden, wenn anzunehmen ist, daß die Vertragsparteien den Vertrag auch mit der kürzeren Dauer ge-schlossen hätten. Diese Rechtsprechung hat in der Rechtslehre weitgehend Zustimmung gefunden.³⁾ Auch bei sittenwidrigen Ge-

- 1) vgl. Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 27ff; vgl. im einzelnen insbes. auch Zimmermann S. 60ff.
- 2) vgl. RGZ 82, 124ff; RGZ 114, 35, 39; RGZ 154, 41, 45; RG HRR 1933 Nr. 873; BGH NJW 1962, 734 = FamRZ 1962, 154 für Mietvertrag; ebenso RAGE 21, 129 für Arbeitsvertrag, der ohne die Genehmigung nach § 1822 Nr. 7 BGB geschlossen wurde; vgl. auch RAG JW 1933, 239, 240 m. Anm. v. Hueck; vgl. auch bereits BGHZ 28, 78, 83 für Lebensversicherung, wo der Rechtsprechung des RG grds. zugestimmt, die Aufrechterhaltung des Lebensversicherungsvertrages mit zulässiger Laufzeit aber wegen fehlender Aufteilbarkeit von Leistung und Gegenleistung abgelehnt wird; zustimmend insoweit Flume, AT II, S. 574 Fn. 18; vgl. dazu auch die Anm. v. Haidinger in LM Nr. 1 zu § 1822 Ziff. 5 BGB; a.A.: Wolterbeck, VersR 1965, 649, 650f.
- 3) vgl. insbes. Flume, AT II, S. 574f; Sandrock, AcP 159, 481, 507; Palandt-Heinrichs § 139 Anm. 4 b cc; Palandt-Diederichsen § 1822 Anm. 6 b; Münch Komm-Mayer-Maly § 139 Rdn. 18; Münch Komm-Zagst § 1822 Rdn. 10; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöller § 139 Rdn. 17; Staudinger-Dilcher § 139 Rdn. 7; Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 28; aus der älteren Lit. vgl. die Dissertationen von Herzog S. 88f, Lappe S. 24, Dahmen S. 126; a.A. jedoch Zimmermann S. 105ff, 108 (dazu sogleich).

geschäften läßt die Rechtsprechung die Aufrechterhaltung des Geschäfts unter Reduzierung der übermäßig anstößigen Leistung auf das zulässige Maß mit nicht zu beanstandendem Inhalt zu, wenn sich der Sittenverstoß allein aus dem Zuviel der Leistungen oder dem Zulange der vertraglichen Bindung ergibt, das Geschäft im übrigen aber nicht zu beanstanden ist. So können nach der Rechtsprechung insbes. Bierlieferungsverträge¹⁾ mit ausschließlicher oder teilweiser Bezugsbindung des Gastwirts an die Brauerei mit einer über 20-jährigen Laufzeit, die allein wegen dieser überlangen Laufzeit als sittenwidrig angesehen werden, mit zulässiger, nicht zu beanstandender Laufzeit aufrechterhalten werden.²⁾ Ganz ähnlich ist es nach der Rechtsprechung möglich, Ankaufsverpflichtungen in Erbbaurechtsverträgen, die lediglich wegen eines übermäßig belastenden Bindungszeitraums gegen die guten Sitten verstoßen, mit einer den Erbbauberechtigten weniger beengenden zeitlichen Bindung aufrechtzuerhalten.³⁾ Schließlich hat der BGH Verfügungen von Todes wegen, durch die der Erblasser unter Zurücksetzung seiner Familie Zuwendungen an seine Geliebte gemacht hat, die so, wie sie der Erblasser gewollt hat, gegen die guten Sitten verstießen, mit einer nicht zu beanstandenden Erbquote aufrechterhalten, wenn sich der Sittenverstoß allein aus dem Übermaß, also dem Zuviel des Zuge-

1) vgl. Klaas, BB 1974, 1098, 1099f; Hiddemann, WM 1975, 942, 945f.

2) BGH LM Nr. 34 und 35 zu § 138 (B b) BGB; BGH WM 1973, 357 und 924, 925; BGH WM 1974, 1042, 1043; BGH WM 1975, 850; BGH NJW 1979, 2149f und 2150f sowie 865; BGH WM 1980, 877; BGH ZIP 1984, 335; ebenso OLG Frankfurt NJW 1977, 1157, 1158; vgl. auch BGH WM 1970, 1402, 1403 (Einräumung eines Kündigungsrechts nach 20-jähriger Laufzeit).

3) BGHZ 68, 1, 5f; BGH NJW 1979, 2287, 2288; a.A.: zu dem Sittenwidrigkeitsbegriff Kollhosser, NJW 1974, 1302f; in Anlehnung an die Rechtsprechung zu den Bierlieferungsverträgen vgl. auch Lindheimer, BB 1977, 470f für Maklercourtage; ähnlich die Argumentation des OLG Stuttgart JZ 1975, 572ff als Vorinstanz zu BGHZ 68, 204ff zu einem sittenwidrigen Vergleich.

wandten ergab.¹⁾ Auf diese Weise hat der BGH z.B. die alleinige Erbeinsetzung der Geliebten mit der Maßgabe aufrechterhalten, daß diese neben der Ehefrau und den Kindern des Erblassers zur Hälfte Erbin wurde.²⁾

Die Rechtsprechung stützt dieses Ergebnis nicht auf § 140 BGB, sondern zumeist auf eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB³⁾ bzw. eine einschränkende Auslegung des § 138 BGB, indem die übermäßig lange Laufzeit und die als übermäßig empfundene Erbeinsetzung der Geliebten⁴⁾ in einen (noch) nicht zu beanstandenden und einen (schon) zu beanstandenden Teil zerlegt werden, so daß die einheitliche Bestimmung in einen nichtigen und einen nicht zu beanstandenden Teil zerfällt. Über die Geltung des wirksamen Teils entscheidet demgemäß nach § 139 BGB die Frage, ob anzunehmen ist, daß das Geschäft auch ohne nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Zu einer Umdeutung kommt man danach nicht mehr, weil es schon an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt.

1) BGH FamRZ 1963, 287 m. Anm. v. Bosch; BGHZ 52, 1717 = NJW 1969, 1343 m. Anm. v. Reinicke = LM Nr. 16 zu § 138 (C d) BGB m. Anm. v. Kreft; BGHZ 53, 369, 382f; zu der Frage des Sittenwidrigkeitsbegriffs, die hier offen bleiben kann, vgl. Gernhuber, FamRZ 1960, 326ff; Thielmann S. 266ff; Simshäuser S. 46ff; Steffen, DRiZ 1970, 347ff; zusammenfassend zur Rechtsprechung P. Finger, JZ 1983, 608ff.

2) BGHZ 52, 17, 24.

3) so die Rechtsprechung zu den Fällen fehlender vormund-schaftsgerichtlicher Genehmigung (Nachweise o. S. 206 Fn. 2) und zu den Bierlieferungsverträgen und daran ange-lehnten Fällen (Nachweise o. S. 207 Fn. 2 und 3).

4) Ein näherer Hinweis auf die rechtliche Konstruktion bei der Rechtsprechung zu den Geliebtentestamenten fehlt da-gegen, insbes. führen die Verweisungen in BGHZ 52, 17, 24; FamRZ 1963, 287, 289 und RGZ 168, 177, 183; OGHZ 1, 249, 252f nicht weiter, da diese letztgenannten Entscheidungen die Frage der Teilbarkeit ausdrücklich offen lassen, vgl. insbes. RGZ 168, 177, 183; vgl. dazu auch Ramm, JZ 1970, 129f; soweit die Rechtsprechung in der Rechtslehre Zustimmung gefunden hat, wird das Ergebnis auf eine quantitative Teilbarkeit gem. § 139 BGB analog gestützt, vgl. Speckmann, JZ 1970, 401, 402; ebenso Thielmann S. 171ff, der aber ne-ben der quantitativen Teilbarkeit fordert, daß die guten Sitten einen Maßstab für eine konkret bestimmte Teilung ab-geben müßten.

Diese Rechtsprechung ist in jüngster Zeit insbes. von Zimmermann¹⁾ heftig kritisiert worden. Er wendet sich u.a.-gegen die Möglichkeit quantitativer Aufgliederbarkeit einheitlich bestimmter Übermäßiger Leistungen und beschränkt demgegenüber den Begriff des Teils in § 139 BGB auf äußerlich erkennbare und zusammengefügte Regelungs-"stücke" des Vertragsganzen²⁾, so daß eine Teilung der einheitlich bestimmten Laufzeit oder Erbeinsetzung entfällt. Gegen die einschränkende Auslegung des § 139 BGB, wie sie die Rechtsprechung bei den Geliebtentestamenten vertritt, hat auch Reinicke³⁾ u.a. auch deshalb Bedenken, weil sich der Vorschrift nur entnehmen lasse, daß sittenwidrige Geschäfte nichtig seien, nicht jedoch, daß eine Geliebte nur zur Hälfte Erbin werden dürfe. Weiterhin wird eingewandt⁴⁾, durch die einschränkende Auslegung des § 138 BGB werde ein materielles Noterbrecht, wodurch eine Erbengemeinschaft aus testamentarisch zu Alleinerben berufenen und den durch das Testament übergangenen gesetzlichen Erben möglich wäre, durch Richterspruch eingeführt, obwohl das BGB ein derartiges Noterbrecht nicht kennt und der Gesetzgeber auf dessen Einführung bewußt und für den Richter bindend verzichtet habe.

Die konstruktiven Bedenken leuchten unmittelbar ein. Denn § 139 BGB setzt seinem Wortlaut nach bereits voraus, daß das Rechtsgeschäft in einen nichtigen und einen nicht von der Nichtigkeitssnorm betroffenen Teil zerfällt. Dagegen enthält die Vorschrift keine Aussage darüber, wann ein teilnichtiges Rechtsgeschäft vorliegt und ob eine einheitlich bestimmte Übermäßige Leistung in einen noch gültigen und einen nicht mehr gültigen Teil aufgeteilt werden kann. Ebenso ordnet § 138 BGB uneingeschränkt die Nichtigkeit des sittenwidrigen Geschäfts an und

1) Zimmermann, insbes. S. 60ff.

2) Zimmermann S. 77.

3) Reinicke, NJW 1969, 1343, 1345.

4) Reinicke, NJW 1969, 1343, 1345; ebenso Ramm, JZ 1970, 129, 130, 132; Bosch, FamRZ 1963, 290; Lange/Kuchinke § 39 II B, S. 583; a.A.: Johannsen, WM 1971, 913, 926, der die Rechtsprechung als Gebot der Gerechtigkeit verteidigt; ähnlich Kreft LM Nr. 16 zu § 138 (C d) BGB, Bl. 1 R, 3.

nicht nur insoweit der Sittenverstoß reicht.¹⁾ Auch § 138 BGB bietet damit nicht die Möglichkeit, eine einheitliche sittenwidrige Erbeinsetzung zum von der Sittenordnung noch erlaubten Maß aufrechtzuerhalten.

Geht man danach von der fehlenden Teilbarkeit der einheitlichen Leistungen und damit von der Gesamtnichtigkeit des Geschäfts aus, dann ist der Weg frei für die Anwendung des § 140 BGB, der ein nichtiges Rechtsgeschäft voraussetzt. Unter Anwendung dieser Norm könnten jedoch die gleichen Ergebnisse erreicht werden, wie sie die Rechtsprechung durch eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB bzw. durch eine einschränkende Auslegung des § 138 BGB erzielt: So entspricht ein überlanger und deshalb gem. § 1822 Nr. 5 BGB genehmigungsbedürftiger Pachtvertrag einem solchen mit genehmigungsfreier, kürzerer Laufzeit. In einem Bierlieferungsvertrag mit 25-jähriger Vertragsdauer ist ein solcher mit nur 20-jähriger Laufzeit enthalten. Die Einsetzung zur Alleinerbin umfaßt die Erbeinsetzung zu einem Bruchteil. In all diesen Fällen steckt also das Mindere in dem gewollten Mehr. Dementsprechend wird von einigen Autoren²⁾ die rein inhaltliche Reduzierung übermäßiger Leistungen auf das zulässige Maß als ein Anwendungsfall des § 140 BGB angesehen. Danach kann z.B. auch ein Darlehen mit wucherischem Zinssatz mit gerade noch zulässiger Zinshöhe gem. § 140 BGB aufrechterhalten werden.³⁾

- 1) Eine a.A. wurde zu § 48 Abs. 2 TestG (v. 1.7.1938 RGBl. I 973) vertreten, wonach eine letztwillige Verfügung nichtig war, "soweit sie ... gegen die Rücksichten verstößt, die ein ... Erblasser ... zu nehmen hat". Aus dem Wort "soweit" wurde gefolgert, daß auch eine einheitliche Verfügung mit nicht mehr zu beanstandendem Inhalt aufrechterhalten werden könne (vgl. RGZ 168, 177, 183 und Husmann, NJW 1971, 404, 409 sowie Ramm, JZ 1970, 129f). Nachdem die Bestimmung bereits durch Art. I a KRG Nr. 37 vom 30.10.1946 (KRABl. S. 220) aufgehoben worden war, wurde sie auch nach Aufhebung des TestG durch Gesetz v. 5.3.1953 (BGBl. I 33) nicht wieder ins Erbrecht eingeführt (vgl. Husmann, a.a.O., S. 404).
- 2) vgl. z.B. Fischer, FS Wach, S. 179, 260, 261; v. Brasch S. 52, 60f; Erman-Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 7; einschränkend beim Wucher Siller, AcP 138, 144, 156, 178ff; vgl. auch Medicus (AT, Rdn. 497ff, 500), der in der Änderung des Geschäftsinhalts sachlich einen Übergang zur Konversion sieht.
- 3) vgl. insbes. Fischer, a.a.O. und v. Brasch, a.a.O.

Dieser Ansicht hat Zimmermann entgegengehalten¹⁾, eine solche Auslegung des § 140 BGB werde schon dem Wortlaut der Vorschrift nicht gerecht. Zwar entspreche das Übermäßige Geschäft den äußerlichen Erfordernissen des Geschäfts mit reduziertem Inhalt. Da aber gerade der Inhalt des Geschäfts bemängelt werde, müsse dieser Inhalt umgeschaffen werden, wenn man ein makelfreies Rechtsgeschäft erhalten wolle. Hierzu ermächtige § 140 BGB aber nicht, weil diese Vorschrift in dieser Hinsicht gar keine Aussage treffe. Bezüglich dieser mißbilligten Punkte, d.h. bezüglich des Übermäßigen Inhalts, entsprächen das ursprüngliche und das zu substituierende Rechtsgeschäft einander nämlich gerade nicht. Seine Ansicht, wonach die Konversion nicht in der bloßen Änderung des Geschäftsinhalts bestehen könne, stützt Zimmermann weiterhin²⁾ mit einem Hinweis auf das gemeine Recht und die Entstehungsgeschichte des § 140 BGB selbst. Schließlich hält Zimmermann der gegenteiligen Ansicht vor³⁾, sie lasse völlig offen, wie das zu substituierende Geschäft zu bestimmen sei: Den äußeren Wirksamkeitserfordernissen nach entspreche ein Bierlieferungsvertrag mit 25-jähriger Laufzeit ja auch einem solchen mit einer Laufzeit von 20, 18, 15, 13 usw. Jahren.

Diese Kritik Zimmermanns ist nicht gerechtfertigt, soweit sie gegen die Aufrechterhaltung Übermäßiger Geschäfte durch Reduktion des Geschäftsinhalts gem. § 140 BGB konstruktive Bedenken hat: Zum einen leuchtet es nicht ein, die Umdeutung unter Veränderung der Geschäftsform und des Geschäftsinhalts zuzulassen, demgegenüber aber der zumindest teilweisen Verwirklichung des Willens der Parteien den Erfolg zu versagen, wenn das zulässige Geschäft sich lediglich aus einer Veränderung, nämlich Reduzierung des Geschäftsinhalts allein ergibt. An sich liegt es doch nahe, den Willen der Parteien auch und gerade dann zu verwirklichen und die Umdeutung erst recht zuzulassen, wenn das Geschäft allein schon durch die Kürzung des Geschäftsinhalts mit der Rechtsordnung in Einklang gebracht und das Geschäft im

1) Zimmermann S. 84.

2) Zimmermann S. 85.

3) Zimmermann, a.a.O.

übrigen unverändert bleiben kann. Denn die bloße Inhaltskürzung stellt doch gegenüber der Inhaltsänderung unter gleichzeitiger Änderung der Rechtsform den geringeren Eingriff dar.

Auch die Kriterien, anhand derer das Ersatzgeschäft bestimmt werden kann, sind bei bloßer Inhaltsänderung keineswegs offen: Im Falle der fehlenden Genehmigung ergibt sich das zulässige, nämlich genehmigungsfrei mögliche Ersatzgeschäft und dessen Laufzeit aus § 1822 Nr. 5 BGB, bei der Kürzung sittenwidrig überzogener Leistungen aus dem von der Sittenordnung gerade noch geduldeten Maß.

Der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 140 BGB und die Konversionslehre im gemeinen Recht überzeugt ebenfalls nicht: Richtig ist zwar, daß durch die Einfügung einer allgemeinen Konversionsnorm nicht Neues geschaffen, sondern, wie in den Motiven ausdrücklich betont wird¹⁾, an die bestehende Rechtslage im gemeinen Recht angeknüpft werden sollte. Wie aber § 103 des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königsreich Sachsen von 1863/65, auf den sich die Motive beziehen²⁾, zeigt, sollte insbes., "wenn die Nichtigkeit darauf beruht, daß der Gegenstand eines Rechtsgeschäfts eine gewisse Größe übersteigt, dasselbe bis zum erlaubten Betrage gültig" bleiben, § 103 S. 2, 2. HS Sächsisches BGB.³⁾ Gerade die Reduzierung des Übermaßes auf den erlaubten Betrag wurde also im gemeinen Recht als zulässig angesehen. Der Hinweis Zimmermanns auf das Konversionsverständnis im gemeinen Recht spricht deshalb nicht gegen, sondern eher für die Zulässigkeit einer rein inhaltlichen Konversion.

Schließlich fragt sich, ob die Gründe, die gegen die Einführung eines materiellen Noterbrechtes der übergangenen gesetzlichen Erben ausschlaggebend waren, auch einer Umdeutung einer sittenwidrigen letztwilligen Verfügung zu Gunsten der Geliebten entgegenstehen. Dies ist jedoch nicht der Fall: Die Diskussion um die Einführung eines Noterbrechts⁴⁾ betraf die Frage, ob die

1) Motive I 218; dazu im einzelnen o. S. 171ff.

2) Motive a.a.O.

3) vgl. zu der Vorschrift auch o. S. 172, 173.

4) vgl. Motive V 368ff und Protokolle V 490, 495ff.

Belange der enterbten gesetzlichen Erben durch die Zubilligung eines eigenen, nicht entziehbaren Erbrechts oder aber durch die Gewährung eines nur schuldrechtlichen Ausgleichsanspruchs gegenüber den testamentarisch eingesetzten Erben gewahrt werden sollten. Der Gesetzgeber entschied sich für die schuldrechtliche Lösung in der Form des Pflichtteilsrechts gem. §§ 2303ff BGB, weil die Gefahr bestehe, daß der Noterbe sich gegenüber dem Erben kraft gewillkürter Erbfolge zurückgesetzt fühlen und deshalb die Erbengemeinschaft stören könnte.¹⁾ Dies bedeutet aber nicht, daß eine Erbengemeinschaft aus testamentarisch eingesetzten und gesetzlichen Erben überhaupt unzulässig sein sollte. Hat z.B. der Erblasser die Zuwendung an den Bedachten von vornherein auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt, im übrigen aber nicht verfügt, so tritt gem. § 2088 Abs. 1 BGB hinsichtlich des übrigen Teils gesetzliche Erbfolge ein. Auch auf diese Weise kann es somit zu einer Erbengemeinschaft aus gesetzlichen und gewillkürten Erben kommen. Nichts anderes wird jedoch durch die Umdeutung bewirkt: Im Interesse der Verwirklichung des Erblasserwillens gilt gem. § 140 BGB die als solche nichtige Einsetzung der Geliebten zur Alleinerbin als Erbeinsetzung zu einer bestimmten, rechtlich nicht zu beanstandenden Quote. Die Umdeutung im einzelnen Falle unter den engen Voraussetzungen des § 140 BGB würde also im Ergebnis nichts bewirken, was durch die Ablehnung des Noterbenrechts jedenfalls vermieden werden sollte. Die objektiven Voraussetzungen der Umdeutung können somit auch in den Geliebten-testamentsfällen erfüllt sein.

Geht man nach allem davon aus, daß eine Umdeutung auch dann zulässig ist, wenn sich nur der Inhalt des Geschäfts ändert, nämlich auf das zulässige Maß reduziert wird, so stellt sich die weitere Frage, ob zur Beurteilung dieser Aufrechterhaltung besser § 139 BGB direkt oder entsprechend oder § 140 BGB heranzuziehen ist.

Ob dem einen oder anderen Weg der Vorzug zu geben ist, scheint zunächst ein mehr konstruktives, juristisch-technisches Problem zu sein. Denn nach beiden Wegen wird die einheitlich Übermäßige

1) Protokolle V 496.

Leistung auf ein gerade noch zulässiges, von der Rechtsordnung nicht mehr beanstandetes Maß reduziert; die Geltung des gültigen Teilgeschäfts bzw. des umgedeuteten Geschäfts ist sowohl nach § 139 BGB wie auch nach § 140 BGB davon abhängig, ob anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Die zugrundeliegenden Erwägungen und die nach § 139 BGB und § 140 BGB erzielbaren Ergebnisse sind somit dieselben. Eines Ausweichens auf die Analogie zu § 139 BGB oder einer einschränkenden Auslegung des § 138 BGB, wie es die Rechtsprechung vorschlägt, bedarf es also nicht, da § 140 BGB direkte Anwendung findet und mit denselben Erwägungen zu denselben Ergebnissen führt.

Die Lösung über die Konversion entspricht auch dem Sinn und dem Zusammenspiel der §§ 139, 140 BGB am besten: Durch § 139 BGB soll verhindert werden, daß den Parteien, die das Ganze des Geschäfts gewollt haben, das (gültige) Restgeschäft ohne den nichtigen Teil gegen ihren Willen aufgedrängt wird.¹⁾ Deshalb stellt § 139 BGB den Grundsatz auf, daß das ganze Geschäft nichtig ist, wenn es nicht ausnahmsweise auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde. Dieser Zweck des § 139 BGB geht aber ins Leere, wenn das gesamte Geschäft (ohne Aufteilung der übermäßigen Leistungen) von vornherein nichtig ist. Die Gefahr, zu deren Abwehr § 139 BGB geschaffen ist, daß nämlich den Parteien gegen ihren Willen ein (gültiger) Teil ihres Geschäfts aufgedrängt wird, obwohl sie (nur) das Ganze des Geschäfts gewollt haben, besteht wegen der Gesamtnichtigkeit des Geschäfts nicht. Demgegenüber greift § 140 BGB seinem Zweck nach ein: Diese Vorschrift will nicht verhindern, daß den Parteien ein gültiges Teilgeschäft aufgedrängt wird, sondern soll es erst ermöglichen, daß der auf ein (insgesamt) nichtiges Rechtsgeschäft gerichtete Wille der Parteien soweit wie möglich mit den Mitteln des geltenden Rechts in der Form des anderen Rechtsgeschäfts verwirklicht wird. Diesem Zweck dient aber

1) Flume, AT II, S. 570 unter Bezugnahme auf Motive I 222 und RG JW 1908, 445; ebenso Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 1; Palandt-Heinrichs § 139 Anm. 1; Staudinger-Dilcher § 139 Rdn. 1; v. Esch S. 31; Erman-Brox § 139 Rdn. 1.

gerade die Aufteilung der einheitlich Übermäßigen Leistungen, wie sie die Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 139 BGB befürwortet. Aus den vorgenannten Gründen bietet deshalb § 140 BGB den besseren und sinnreicheren Lösungsweg.

Läßt man die Umdeutung in ein anderes Rechtsgeschäft mit nur minderem, reduziertem Inhalt ohne Veränderung der Rechtsform zu, so grenzen sich die Anwendungsbereiche der §§ 139 und 140 BGB entsprechend dem Wortlaut dieser Vorschriften klar voneinander ab: § 139 BGB findet Anwendung, wenn sich die Nichtigkeit von vornherein nur auf einen äußerlich abgrenzbaren Teil des Gesamtgeschäfts bezieht. § 140 BGB greift demgegenüber ein, wenn das Geschäft, so wie die Parteien es vorgenommen haben, insgesamt nichtig ist. Diese klare Trennung der Anwendungsbereiche der §§ 139 und 140 BGB gewährleistet darüber hinaus, daß die Aufrechterhaltung insgesamt nichtiger Geschäfte mit zulässigem Inhalt nach derselben Norm und denselben Kriterien beurteilt wird und daß auf diese Weise mögliche Wertungswidersprüche vermieden werden. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.¹⁾

Zur Beurteilung der Fälle, in denen die Rechtsprechung insbes. Pachtverträge, die entgegen § 1822 Nr. 5 BGB ohne die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung geschlossen worden sind, mit zulässiger, d.h. genehmigungsfreier Laufzeit aufrechterhalten hat, sowie die Bierlieferungsverträge mit überlanger Bezugsbindung und die Geliebten testamente, die ausschließlich wegen des Übermaßes der Erbeinsetzung sittlich anstößig sind, die die Rechtsprechung unter entsprechender Anwendung des § 139 BGB bzw. unter einschränkender Auslegung des § 138 BGB gelöst hat, hätte danach besser § 140 BGB herangezogen werden sollen. Daß sich in diesen Fällen lediglich der Inhalt des nichtigen Geschäfts und nicht auch dessen Rechtsform ändert, steht einer Umdeutung nicht entgegen.

Steht hiernach der Weg fest, nach dem über die Frage der Aufrechterhaltung übermäßiger Geschäfte zu entscheiden ist, so bedeutet dies aber noch nicht, daß dieser Weg auch im Ergebnis

1) s. u. S. 286ff, 293ff.

zum Ziel führt und die Aufrechterhaltung des überzogenen Geschäfts zum zulässigen Maß gem. § 140 BGB letztlich gerechtfertigt ist. Bezüglich der sittenwidrigen Geschäfte, insbes. der Bierlieferungsverträge und der Geliebtentestamente, ergeben sich für die Umdeutung gem. § 140 BGB noch besondere Probleme, die jedoch nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift betreffen.¹⁾

Ergebnis:

Von welcher Art das andere Geschäft ist, ist für die Umdeutung unerheblich. Insbes. braucht das umgedeutete Geschäft nicht dieselbe Rechtsform aufzuweisen wie das nichtige. § 140 BGB setzt keine gleichartigen Rechtsgeschäfte voraus.

Andererseits ist es auch nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß sich die Rechtsform des Geschäfts verändert. Dies wird zwar häufig der Fall sein. Die Umdeutung unter rein inhaltlicher Veränderung des nichtigen Geschäfts ohne Veränderung der Rechtsform kann aber ebenfalls eine zweckentsprechende und sinnvolle Handhabung des § 140 BGB darstellen.

Ergebnis zu II.: Das andere Rechtsgeschäft; objektive Umdeutungsvoraussetzungen

Das nichtige Geschäft muß in umgedeuteter Form als das andere Geschäft wirksam sein können. Mit seiner Vornahme müssen deshalb die allgemeinen und besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie Willenserklärung, Zugang und insbes. die Formerfordernisse nach dem Recht des anderen Rechtsgeschäfts erfüllt sein. Fehlende Voraussetzungen können nicht im Wege der Umdeutung ersetzt oder umgangen werden.

Die bloße Namensunterschrift des Akzeptanten auf einem Wechsel gem. Art. 25 Abs. 2 S. 2 WG ist Willenserklärung, die den Erfordernissen einer bürgerlich-rechtlichen Verpflichtungserklärung gem. §§ 780, 781 BGB oder § 363 Abs. 1 S. 2 HGB entspricht

1) vgl. im einzelnen u. S. 286ff.

und die die ggf. gem. §§ 780f BGB, § 363 Abs. 1 S. 2 HGB gebotene Schriftform i.S.d. § 126 BGB wahrt.

Das umgedeutete Geschäft muß nicht fehlerfrei sein. Auch die Umdeutung in bedingte, widerrufliche, anfechtbare, schwebend unwirksame und heilbar nichtige Rechtsgeschäfte ist zulässig. Sie führt jedoch nur zum Ziel, wenn das umgedeutete Geschäft letztlich wirksam sein kann, wenn also z.B. die aufschiebende Bedingung eintritt, der Widerruf oder die Anfechtung unterbleibt, bei dem schwebend unwirksamen Geschäft z.B. die Genehmigung erteilt und schließlich das heilbare Geschäft geheilt wird. Zur Feststellung der letzteren Voraussetzung kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts an, sondern auf den Zeitpunkt der Entscheidung.

Das nichtige Rechtsgeschäft muß auch seinem Inhalte nach den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen. Diese Voraussetzungen des § 140 BGB sind erfüllt, wenn die Parteien die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die sie mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft angestrebt haben, mit Hilfe eines anderen Rechtsgeschäfts hätten erreichen können, die Rechtsordnung also ein anderes Rechtsgeschäft kennt, das geeignet gewesen wäre, den wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolg, den das Geschäft in der Form des nichtigen Rechtsgeschäfts hervorbringen sollte, ganz oder teilweise zu verwirklichen. Auf die konkrete rechtsgeschäftliche Ausgestaltung des nichtigen und des anderen Geschäfts kommt es dabei nicht entscheidend an. Auch die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden in eine Verfügung von Todes wegen kann dann in Frage kommen, wenn die letztwillige Verfügung das geeignete rechtliche Mittel ist, um die Ziele der Parteien zu verwirklichen.

Dagegen ist eine Umdeutung ausgeschlossen, wenn das in Frage kommende Ersatzgeschäft zu weitergehenden rechtlichen Wirkungen führen würde, als das nichtige Rechtsgeschäft, seine Wirksamkeit unterstellt, erzeugt hätte. Dies ist der Fall, wenn durch das Ersatzgeschäft der Schuldner mehr belastet, der Verfügende mehr an Rechtsmacht verliert, der letztwillig Verfügende schon zu Lebzeiten oder dessen Erben mehr belastet werden.

Von welcher Art das andere Geschäft ist, ist für die Umdeutung unerheblich. Insbes. braucht das umgedeutete Geschäft nicht dieselbe Rechtsform aufzuweisen wie das nichtige. Andererseits ist es auch nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß sich die Art des Rechtsgeschäfts ändert.

III. Der Wille der Parteien; subjektive Umdeutungsvoraussetzungen

Auch wenn das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Geschäfts objektiv entspricht, gilt das Ersatzgeschäft nach § 140 BGB nicht schon allein aus diesem Grunde, sondern nur dann, wenn darüberhinaus anzunehmen ist, daß die Geltung des Ersatzgeschäftes von den Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

1. Standpunkt der Erörterung

Der subjektive Tatbestand des § 140 BGB entscheidet nicht mehr darüber, welches Ersatzgeschäft für die Umdeutung in Betracht kommt und welchen Inhalt dieses hat. Dies ist bereits durch den objektiven Umdeutungstatbestand festgelegt.¹⁾ Der subjektive Tatbestand des § 140 BGB stellt dementsprechend nicht auf die Frage ab, "von welchem Rechtsgeschäft" anzunehmen ist, daß es bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Es geht allein um die Beantwortung der Frage, "ob das andere Rechtsgeschäft", dessen Erfordernissen das nichtige entspricht, bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

2. Wirklicher und hypothetischer Wille

Die im Konjunktiv gefaßte Formulierung des § 140 BGB "wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde" geht davon aus, daß die Parteien das umgedeutete Geschäft in Wirklichkeit nicht gewollt haben. Es gilt nach dieser Vorschrift, wenn sie dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten. Das Gesetz arbeitet also mit einer Unterstellung, nämlich daß die Parteien Kenntnis von der Nichtigkeit gehabt hätten. Von dieser unterstellten Situation ausgehend soll der Wille der Parteien ermittelt werden.

1) zur Ermittlung des Ersatzgeschäftes vgl. o. S. 110ff.

a) Die Regelung im subjektiven Tatbestand des § 140 BGB und verwandte Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch

Diese Technik der Gesetzessprache in § 140 BGB ist kein Einzelfall im Bürgerlichen Gesetzbuch. In sinngemäß gleicher oder ähnlicher Form findet sie sich insbes. in § 139 BGB. Das ganze Geschäft ist danach nichtig, "wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde". Weiterhin gilt gem. § 155 BGB bei einem versteckten Einigungsmangel das "Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über (den offenen) Punkt geschlossen sein würde". Gem. § 153 BGB bleibt das Angebot auch nach dem Tod oder nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit der Antragenden annahmefähig, "es sei denn, daß ein anderer Wille der Antragenden anzunehmen ist". Häufiger sind derartige Formulierungen im Erbrecht anzutreffen. Beispielsweise ordnet § 2268 Abs. 2 BGB an, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen u.a. nach Auflösung der Ehe insoweit wirksam bleiben, "als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden". Als letztes Beispiel soll § 2077 BGB genannt werden: Gem. Abs. 3 dieser Vorschrift ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, u.a. bei Auflösung der Ehe nur wirksam, "wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde".¹⁾

Allen diesen Regelungen ist gemein, daß sie jeweils auf eine Situation abstellen, die die rechtsgeschäftlich Handelnden nicht oder nicht so bedacht haben, die aber, wäre sie richtig gesehen oder vorhergesehen worden, einen gewissen Einfluß auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung gehabt hätte oder zumindest hätte haben können. So wird in § 139 BGB vorausgesetzt, daß die Parteien die Teilnichtigkeit nicht erkannt haben und stattdessen von der Wirksamkeit des ganzen Geschäfts ausgegangen

1) weitere Beispiele aus dem Erbrecht finden sich in §§ 2078 Abs. 1, 2079 S. 2, 2085, 2086, 2161 S. 1, 2195, 2270 Abs. 1 BGB.

sind.¹⁾ Da nicht von vornherein angenommen werden kann, daß die Parteien, die das Ganze der Regelung gewollt haben, in jedem Falle an der Geltung auch nur eines Teils interessiert sind, bleibt nach § 139 BGB das an sich gültige Restgeschäft nicht ohne weiteres bestehen, sondern nur dann, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien das Geschäft nicht ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten.²⁾ Bei § 155 BGB wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die Parteien entgegen ihren Vorstellungen sich nicht über alle Vertragspunkte geeinigt haben.³⁾ In § 153 BGB wird berücksichtigt, daß der Antragende z.B. den Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit⁴⁾, in §§ 2268 Abs. 2 und 2077 Abs. 3 BGB, daß die Ehegatten z.B. die Auflösung der Ehe bei Abgabe ihrer Erklärungen möglicherweise nicht vorhergesehen haben und damit die Grundlage für das betr. Geschäft entfallen sein kann. So ist es denkbar, daß der Antragende im Falle des § 153 BGB einen Gegenstand bestellt hat, "von welchem er ersichtlich nur bei gesunden Sinnen Gebrauch machen kann".⁵⁾ In den Fällen der §§ 2268 Abs. 2 und 2077 Abs. 3 BGB geht das Gesetz davon aus, daß die letztwilligen Verfügungen der Ehegatten auf der Ehe beruhen.⁶⁾

Eine entsprechende Willenslage spiegelt sich auch in dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB wider: Die Parteien gingen bei der Vornahme des Geschäfts, was Voraussetzung der Umdeutung

1) vgl. Palandt-Heinrichs § 139 Anm. 5 a; Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 40; Münch Komm-Mayer-Maly § 139 Rdn. 21ff; Erman-Brox § 139 Rdn. 34; v. Esch S. 33, 72ff; st. Rspr. vgl. z.B. RGZ 68, 322, 326; RGZ 79, 303, 305; RGZ 122, 138, 140f; RGZ 125, 209, 211; RGZ 137, 29, 32; BGHZ 45, 376, 379.

2) vgl. Flume, AT II, § 32, 1 S. 570 und § 32, 5 S. 578ff.

3) Soergel-H. Lange/Hefermehl § 155 Rdn. 1; v. Esch S. 33 und 67ff; Flume, AT II, § 34, 7 S. 633, 634.

4) vgl. Soergel-H. Lange/Hefermehl § 153 Rdn. 7.

5) Motive I 176.

6) vgl. Erman-Hense § 2077 Rdn. 1 und § 2268 Rdn. 1; vgl. auch Lange/Kuchinke § 22 I 1 a, S. 281 und § 38, S. 568ff; v. Lübtow S. 292ff; Palandt-Edenhöfer § 2268 Anm. 1; zu § 2077 Abs. 3 BGB kritisch Battes, JZ 1978, 733 und ders., insbes. FamRZ 1977, 433, 433ff.

ist¹⁾, davon aus, daß sie mit ihren Erklärungen eine rechtsverbindliche Regelung getroffen hätten, mit deren Hilfe sie die angestrebten Ziele erreichen würden. In der Regel kommen deshalb die Beteiligten bei der Abgabe ihrer vertraglichen Erklärungen überhaupt nicht auf den Gedanken, daß das von ihnen vorgenommene Geschäft nichtig sein könnte. Es besteht für sie dann auch keinerlei Veranlassung, über ein anderes Geschäft zur Verwirklichung ihrer Ziele nachzudenken oder sogar eine ersatzweise Regelung zu treffen. Gingen die Parteien z.B. in Verkenntung der Rechtslage davon aus, daß der Nießbrauch übertragbar sei, so haben sie keinen Anlaß, bei dem Übertragungsgeschäft, das von ihnen als wirksam angesehen wird, auch noch an einen Vertrag zu denken, der den Nießbraucher zur Überlassung des Rechts zur Ausübung verpflichtet.²⁾ In dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB wird somit dem von den Parteien nicht vorausgesehenen Umstand Rechnung getragen, daß ihre Erklärungen nicht in der beabsichtigten Form als das (nichtige) Rechtsgeschäft Geltung erlangen können, sondern lediglich in umgedeuteter Form als das andere Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. Da nicht ohne weiteres und in jedem Falle davon ausgegangen werden kann, daß die Parteien, deren Erklärungen auf das nichtige Geschäft gerichtet waren, ihre Ziele auch in der Form des umgedeuteten, anderen Geschäfts ganz oder teilweise hätten verwirklichen wollen, ist es nach den Grundsätzen privatautonomer Gestaltung der Rechtsgeschäfte durch die Parteien geboten, die Geltung des Ersatzgeschäftes nicht ohne Berücksichtigung der von den Parteien verkannnten Nichtigkeit ihrer Vereinbarungen und der sich ihnen bietenden Möglichkeit, ihre Ziele ganz oder teilweise durch das andere Geschäft zu verwirklichen, anzuordnen. Dies geschieht im subjektiven Tatbestand des § 140 BGB in der Weise, daß der Wille der Parteien für den nicht wirklichen, sondern nur unterstellten Fall zu erforschen ist, daß nämlich die Parteien Kenntnis von der Nichtigkeit gehabt hätten.

1) im einzelnen dazu vgl. u. S. 254ff.

2) Medicus, AT, Rdn. 519; ebenso OLG Frankfurt LZ 1929, Sp. 575; ähnlich Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 3.

Aufgrund dieser Unterstellung kann deshalb nicht gefragt werden, ob die Parteien das Ersatzgeschäft (wirklich) gewollt haben, sondern nur, ob sie es bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten.¹⁾ Mangels einer wirklichen Vorstellung über die rechtsgeschäftliche Regelung des umgedeuteten Geschäfts wird deshalb im subjektiven Tatbestand kein wirklicher, als tatsächlich existent feststellbarer Wille i.S.d. § 133 BGB ermittelt, sondern, wie in der Rechtslehre und Rechtsprechung zu Recht formuliert wird, ein nur gedachter²⁾, hypothetischer³⁾, irrealer⁴⁾, mutmaßlicher⁵⁾ oder vermutlicher⁶⁾ Wille. Dabei werden die verschiedenen Bezeichnungen zumeist ohne sachlichen Unterschied, sondern nur insgesamt als Gegensatz zu einem wirklich vorhandenen Willen verstanden. Insbes. in der Entscheidung BGHZ 19, 269ff ist von einem hypothetischen, mutmaßlichen und vermutlichen Willen im Gegensatz zum tatsächlichen, wirklich vorhandenen Willen die Rede.⁷⁾ Dort findet sich auch weiterhin die Formulierung, es sei von einer "fingierten Bewußtseins- und Willenslage aus der hypothetische Wille der Parteien zu ermitteln".⁸⁾ Die Fiktion bezieht sich dabei nur auf die bei der Ermittlung des hypothetischen Willens unterstellte Kenntnis der Nichtigkeit, nicht aber auf das Interesse der Beteiligten an dem Geschäft. Es geht vielmehr nur, wie der BGH in einer anderen Entscheidung⁹⁾ formuliert hat, "um die Ermittlung eines hypo-

1) RGZ 121, 80, 85.

2) OLG Celle NdsRpfl 1975, 89, 93.

3) insbes. BGHZ 19, 209, 273; ebenso BGH NJW 1971, 420; BGH NJW 1980, 2350, 2352; RGZ 110, 391, 392; RG Warn 1928, 19; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7; Larenz, AT, § 23 III, S. 457; Medicus, AT, Rdn. 520; Gernhuber, Bürgerliches Recht, S. 49; Schwab, Einführung, Rdn. 599.

4) Rütters Rdn. 425; Thielmann S. 186; v. Lübtow S. 298f.

5) Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 b; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 9; Enneccerus/Nipperdey S. 1222; Brox, AT, Rdn. 322.

6) vgl. E. Wolf S. 469: es sei das "hypothetisch Wahrscheinliche" zu bestimmen.

7) BGHZ 19, 269, 273 und 274.

8) BGH a.a.O., 274

9) BGH NJW 1971, 420.

thetischen Willens der Parteien für den nicht gegebenen, sondern nur fingierten Fall, daß die Parteien die Nichtigkeit des wirklich gewollten Geschäfts gekannt hätten". Weitergehende Fiktionen erlaubt § 140 BGB dagegen nicht.

Wie nochmals betont werden mag, bezieht sich dieser hypothetische Wille nicht auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die die Parteien mit dem Geschäft angestrebt haben. Daß sie diese wirklich gewollt haben, ist gerade Grundlage der Umdeutung, bei der es darum geht, diese Ziele in der Form des Ersatzgeschäfts zu verwirklichen. Der hypothetische Wille bezieht sich vielmehr nur darauf, ob die Parteien das (nach den objektiven Umdeutungsvoraussetzungen festgestellte) andere Geschäft als das rechtliche Mittel gewollt hätten, mit dessen Hilfe ihre Ziele ganz oder teilweise hätten verwirklicht werden sollen.

Diese Auslegung des subjektiven Tatbestandes wird durch die Entstehungsgeschichte des § 140 BGB bestätigt: Gem. § 111 des ersten Entwurfs sollte das nichtige Rechtsgeschäft als das andere aufrechtzuerhalten sein,

"wenn dies dem aus der Vornahme des nichtigen
Rechtsgeschäftes sich ergebenden Willen gemäß
ist".

In den Motiven dazu heißt es u.a.¹⁾: Ob das andere Rechtsgeschäft "in seinen Wirkungen ... gewollt sei", müsse die Prüfung des einzelnen Falles ergeben.

Wie aus diesen Formulierungen bereits deutlich wird, muß das andere Rechtsgeschäft auch nach den Vorstellungen der ersten Kommission nicht als solches, d.h. als rechtsgeschäftliche Regelung, gewollt sein, sondern lediglich "in seinen Wirkungen". Dennoch wurde an dem Entwurf Kritik geübt, weil es sich bei der Vorschrift, so wie sie gefaßt sei, "um zwei gewollte Rechtsgeschäfte - ein prinzipales - das nichtige - ein eventuelles - das für den Fall der Nichtigkeit ins Auge gefaßte" handele.²⁾

1) Motive I 218.

2) Goldschmidt S. 65ff.

Dies entspreche jedoch nicht dem Wesen der Konversion, das in der "Aufrechterhaltung eines ungültigen Rechtsgeschäfts als dasjenige eine gleichartige Wirkung erzeugende Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeitsvoraussetzungen in ihm gegeben sind, mögen die Parteien dies gewollt haben oder nicht", bestehe. Weiterhin wurde gegen den Entwurf eingewandt¹⁾, bei der Umdeutung lägen die Erfordernisse "für ein anderes Rechtsgeschäft vor, welches zwar als solches vom Erklärenden durchaus nicht gewollt ist, also auch nicht, wie § 111 sagt, seinem 'Willen gemäß' ist; es ist vielmehr nur seinen Interessen, wie sie aus der Beabsichtigung des ersten Rechtsgeschäfts erkennbar sind, gemäß: Die gleiche oder eine ihr ganz nahestehende empirische Absicht wird durch eine andere Rechtsform erreicht".

Durch die zweite Kommission erhielt § 111 des ersten Entwurfs daraufhin die folgende Fassung, die mit der später in § 140 BGB Gesetz gewordenen Fassung nahezu identisch ist:

"Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dies bei Kenntniß der Nichtigkeit gewollt sein würde".

In den Protokollen dazu wird diese Veränderung u.a. wie folgt begründet²⁾: Die Fassung unterscheide sich sachlich nicht von derjenigen des ersten Entwurfs. Sie suche "aber deutlicher zum Ausdruck zu bringen ..., daß der Wille der Parteien bei der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäftes nicht, auch nicht event. auf das ... andere Rechtsgeschäft gerichtet zu sein brauche, daß vielmehr über die Aufrechterhaltung des statthaften Rechtsgeschäfts der auf den ökonomischen Erfolg gerichtete Wille der Parteien entscheide ...".

Wie hier noch deutlicher als bei der ersten Kommission zum Ausdruck kommt, hatte auch die zweite Kommission die Vorstellung, daß der auf den wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Wille der

1) Zitelmann S. 73.

2) Protokolle I 262, 263.

Parteien ein realer, wirklich vorhandener und das nichtige Rechtsgeschäft wirklich, dagegen das andere nicht gewollt sei.

Im Ergebnis steht nach allem die Regelung im subjektiven Tatbestand des § 140 BGB derjenigen des § 139 BGB völlig gleich¹⁾: Nach beiden Vorschriften entscheidet der hypothetische Wille der Parteien über das "Ob" der Geltung des von der Nichtigkeit nicht betroffenen Teil- bzw. anderen Geschäfts. Eine besonders enge Verwandtschaft besteht auch zu der Regelung in § 155 BGB (versteckter Dissens). Auch danach entscheidet der hypothetische Wille nur noch über das "Ob" der Geltung des (wirklich) Vereinbarten. Dagegen erlaubt der subjektive Tatbestand des § 140 BGB genausowenig wie derjenige des § 139 BGB oder § 155 BGB, das wirksame Geschäft und dessen Inhalt aufgrund eines hypothetischen Willens erst zu ermitteln oder Mutmaßungen über die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele der Parteien anzustellen.

Dieses Verständnis des hypothetischen Willens i.S.d. § 140 BGB entspricht nicht nur den engeren Konversionslehren²⁾ etwa Flumes, wonach das andere Geschäft in dem nichtigen enthalten sein bzw. das nichtige Geschäft auch inhaltlich den Erfordernissen des anderen entsprechen müsse. Auch nach den weitergehenden Ansichten³⁾ insbes. i.S. O. Fischers, wonach die Ermittlung des Ersatzgeschäftes eine Frage des subjektiven Umdeutungstatbestandes ist, lassen sich objektive Voraussetzungen herausfiltrieren, nach denen das in Frage kommende Ersatzgeschäft zu bestimmen ist. Als das entscheidende, allen Ansichten gemeinsam zugrundeliegende Kriterium zur Ermittlung des Ersatzgeschäftes konnte oben die objektiv, nach der Rechtsordnung vorgegebene Geeignetheit des Ersatzgeschäftes festgestellt werden, die mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft angestrebten rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele ganz oder teilweise zu verwirklichen.⁴⁾ Für einen hypothetischen Willen

1) so insbes. Flume, AT II, § 32, 9 a, S. 590 und § 32, 9 c, S. 594; v. Esch S. 70 und 71f.

2) vgl. dazu im einzelnen o. S. 113ff.

3) vgl. dazu im einzelnen o. S. 125ff.

4) vgl. dazu im einzelnen o. S. 131f.

bleibt somit auch nach der weiteren Ansicht nur noch Raum für das "Ob", nicht aber für das "Wie" oder das "Was" der Geltung des anderen Geschäfts i.S.d. § 140 BGB.

Besonderheiten ergeben sich nach dem Konversionsverständnis Krampes, der die Umdeutung auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze nach §§ 133, 157, 2084 BGB zurückführt und dabei zwei Konversionsfälle unterscheidet, nämlich den Fall der Um-Qualifikation und als dessen Spezialfall die qualitative Teilnichtigkeit.¹⁾ Zwar erkennt auch Krampe an²⁾, daß bei § 140 BGB im subjektiven Tatbestand ein hypothetischer Wille zu ermitteln sein könne. Er bezieht dies jedoch nur auf den Fall der qualitativen Teilnichtigkeit, wenn also das Ersatzgeschäft als qualitative Teilregelung in dem nichtigen Geschäft vollständig enthalten ist. In diesem Falle, argumentiert Krampe³⁾, könne nichts anderes gelten als nach § 139 BGB. Ob dagegen nach der Ansicht Krampes auch in dem allgemeinen Fall der Um-Qualifikation, wenn also das wirksame Geschäft nicht in dem nichtigen als qualitative Teilregelung vollständig enthalten ist, auf einen hypothetischen Willen abzustellen ist, bleibt letztlich offen, da Krampe zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandselementen des § 140 BGB nicht unterscheidet und zu dieser Frage ausdrücklich nicht Stellung nimmt. Da jedoch nach Krampe die Geltung des anderen Geschäfts im Falle der Um-Qualifikation allein davon abhängig ist, ob die Parteierklärungen von vornherein "auch" als das andere Geschäft hätten qualifiziert werden können, und sich diese Frage nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gem. §§ 133, 157, 2084 BGB richtet⁴⁾, bleibt darüber hinaus für die Berücksichtigung eines hypothetischen Willens der Parteien i.S.v. § 140 BGB an sich kein Raum mehr. Andererseits führt auch nach Krampe⁵⁾ die im Rahmen der Konversion vorzunehmende Auslegung nicht unmittelbar und direkt zu dem

1) vgl. Krampe, Konversion, S. 280ff, 285; und im einzelnen o. S. 133ff.

2) Krampe, Konversion, S. 285

3) Krampe a.a.O.

4) vgl. dazu im einzelnen o. S. 133ff.

5) Krampe, Konversion, S. 284.

anderen, wirksamen Geschäft, sondern zunächst als ein vorläufiges Zwischenergebnis zu dem nichtigen Rechtsgeschäft als einer gedanklichen Durchgangsstufe bei der Qualifikation. Die Frage ist nun aber, wie diese vorläufige Qualifikation, die das nichtige Rechtsgeschäft zum Ergebnis hat, durch Um-Qualifikation überwunden werden kann. Legt man ohne Einschränkung allein die, wie Krampe es fordert, allgemeinen Auslegungsgrundsätze nach §§ 133, 157, 2084 BGB zugrunde, so gerät man gedanklich in eine Sackgasse. Denn die Auslegung der Willenserklärungen, so wie sie von den Parteien abgegeben worden sind, führt eben zu dem nichtigen Geschäft. Ein Ausweg bietet sich nur, wenn bei der im Rahmen der Um-Qualifikation vorzunehmenden "Auslegung" die Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts in die Überlegungen mit dem Ziel einbezogen wird, diese Nichtigkeit zu überwinden. Auch nach der Ansicht Krampes werden daher Überlegungen anzustellen sein, ob die Parteien das Geschäft auch in der umqualifizierten (d.h. umgedeuteten) Form abgeschlossen hätten, wenn sie gewußt hätten, daß das Geschäft, so wie sie es gewollt haben, als ein nichtiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist. Dagegen wäre es nicht sachgemäß, auf die Berücksichtigung des hypothetischen Willens der Parteien ganz zu verzichten. Denn dann bestünde die Gefahr, daß den Parteien unter Berufung auf die Um-Qualifizierbarkeit ihrer Erklärungen ein Geschäft aufgedrängt wird, das sie zumindest so, d.h. in der umqualifizierten Form, nicht gewollt haben.

b) Der hypothetische Wille als Wertung

Als nicht wirklich vorhandener, sondern lediglich gedachter rechtsgeschäftlicher Wille, von dem nur anzunehmen ist, daß er bei Kenntnis der Nichtigkeit vorhanden gewesen wäre, handelt es sich nicht um eine psychische Tatsache, die als solche einer Beweisaufnahme zugänglich wäre und auf diese Weise festgestellt werden könnte.¹⁾ Andererseits bietet sich durch § 140 BGB auch nicht die Möglichkeit, unter Berufung auf einen "angeblichen

1) BGHZ 19, 269, 272.

Willen der Parteien ein sozial gewünschtes Ergebnis" zu erreichen, wie es Ramm¹⁾ befürchtet. Es handelt sich vielmehr letztlich um eine Wertungsfrage, wie sie etwa der ergänzenden Vertragsauslegung zugrundeliegt.²⁾ Wenn die Formulierung des § 140 BGB "wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung gewollt sein würde ..." auch auf einen hypothetischen Willen abstellt, so ist dies lediglich als eine Umschreibung dafür zu verstehen, daß eine Wertung vorzunehmen ist, die an dem Rechtsgeschäft und den besonderen Umständen des Falles zu orientieren ist und die die besonderen Vorstellungen und Absichten der Parteien, die nicht notwendig zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht worden sein müssen, zu berücksichtigen hat.³⁾ "Ob das im beabsichtigten, aber nichtigen Rechtsgeschäft liegende andere Rechtsgeschäft in seinen Wirkungen ... gewollt sei", heißt es dazu in den Motiven⁴⁾, "muß die Prüfung des Falles ergeben. Die Aufstellung einer für das Gewolltsein oder das Nichtgewolltsein sprechenden Vermuthung ist bedenklich". Pauschalierungen verbieten sich daher bei der Ermittlung des hypothetischen Willens der Parteien von vornherein.

Der Richter hat sich bei der Wertung gedanklich in die Situation der Vertragsschließenden zu versetzen und zu fragen, ob die Parteien das Ersatzgeschäft geschlossen hätten, wenn sie gewußt hätten, daß das ursprüngliche Rechtsgeschäft nichtig ist. Allerdings wird die Beantwortung dieser Frage ergeben, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit nicht das umgedeutete Geschäft, sondern das beabsichtigte Geschäft in wirksamer Form geschlossen hätten. Denn das ursprüngliche Geschäft trägt ihrem Willen nicht in vollem Umfang Rechnung, zumal das umgedeutete Geschäft zumeist andere und in aller Regel weniger weitgehende Folgen hat. Im Wege der Umdeutung kann aber der Nichtigkeitsgrund, der dem beabsichtigten Geschäft anhaftet, nicht beseitigt

1) Ramm, Einführung, S. G 475.

2) Flume, AT II, § 32, 9 c, S. 594 und § 32, 5, S. 578ff, insbes. Fn. 33 a für § 139 BGB; Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 3 a.E.; Erman-Brox § 140 Rdn. 16; Bürck, JuS 1971, 571, 573; ders., SchlHA 1973, 37, 39.

3) Flume, AT II, § 32, 9 c, S. 594.

4) Motive I 218.

werden. Ließe man daher bei der Ermittlung des hypothetischen Willens die Möglichkeit zu, daß die Parteien das Geschäft in wirksamer Form nachholen könnten, so wäre für die Umdeutung kein Raum. Die Möglichkeit, daß die Parteien die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei deren Kenntnis behoben hätten, ist deshalb bei der Ermittlung des hypothetischen Willens auszuschließen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß für die Aufrechterhaltung des nichtigen Rechtsgeschäfts im Wege der Umdeutung nicht irgendein Ersatzgeschäft in Betracht kommt, sondern nur das andere Geschäft i.S.d. § 140 BGB, dessen Erfordernissen das nichtige entspricht. Für die (hypothetische) Willenssituation der Parteien ergibt sich damit die Alternative, entweder die Geltung des nach objektiven Kriterien vorgegebenen Ersatzgeschäfts zu wollen oder es bei der Nichtigkeit des Geschäfts insgesamt und endgültig zu belassen. Ein dritter Weg steht den Parteien nach § 140 BGB dagegen nicht offen. Es ist somit zu fragen: Hätten die Parteien das Ersatzgeschäft geschlossen oder hätten sie lieber von dem Geschäft ganz Abstand genommen, wenn sie gewußt hätten, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft, so wie sie es vorgenommen haben, nichtig ist und nichtig bleibt?¹⁾

3. Hypothetischer Wille und wirtschaftlicher Erfolg

Grundlage für die Ermittlung des hypothetischen Willens ist die Erwägung, daß die Parteien sich nicht treuwidrig oder ganz ungewöhnlich verhalten hätten, sondern so, wie es vernünftige und loyale Parteien in ihrer Situation getan hätten. Den Ausgangspunkt bei der Ermittlung des hypothetischen Willens bildet deshalb die Überlegung, wie sich die Vertragsparteien als "vernünftig denkende Menschen" verhalten hätten²⁾, was den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB ent-

1) ähnlich Reinicke, Rechtsfolgen, S. 99 und RG JW 1937, 3154; ebenso Flume, AT II, S. 579 für den subjektiven Tatbestand des § 139 BGB.

2) BGHZ 19, 269, 273; BGH NJW 1974, 43, 45; RG JW 1937, 3153, 3154; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 100; Erman-Brox § 140 Rdn. 16; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 19.

spricht. Deshalb wird häufig für die Ermittlung des hypothetischen Willens auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung verwiesen.¹⁾

a) Verwirklichung desselben wirtschaftlichen Erfolges

Da es den Parteien bei Abschluß des Geschäftes in aller Regel hauptsächlich darauf ankommen wird, den dahinterstehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen und die rechtsgeschäftliche Form, mit der sie diese Ziele zu erreichen suchen, demgegenüber in den Hintergrund tritt²⁾, werden sie sich in aller Regel als vernünftig denkende Menschen davon leiten lassen, ob und ggf. inwieweit die beabsichtigten rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele mit dem umgedeuteten Geschäft erreicht werden. Man wird sagen können: Je gleichartiger Rechtsform, Zweck und Erfolg der beiderseitigen Rechtsgeschäfte sind, je mehr also das Ersatzgeschäft in seinen rechtlichen und wirtschaftlichen Wirkungen dem beabsichtigten, aber nichtigen Geschäft gleicht, desto eher wird die Umdeutung i.S.d. Parteiwillens liegen.³⁾

Wenn der wirtschaftliche Erfolg durch das umgedeutete Geschäft ganz oder so gut wie ganz erreicht wird, spricht dieser Umstand in hohem Maße für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB. Der "hypothetische Parteiwille", hat der BGH ausgeführt⁴⁾, "wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn durch das andere Rechtsgeschäft derselbe wirtschaftliche Erfolg erreicht wird wie durch das nichtige Rechtsgeschäft, da im allgemeinen davon ausgegangen werden kann, daß es den Parteien als vernünft-

1) vgl. z.B. Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 9; Erman-Brox § 140 Rdn. 17 und 7; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 b; Oertmann, BGB, § 140 Anm. 2 b.

2) so auch v. Tuhr II 1, S. 288.

3) ähnlich Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 3.

4) BGHZ 19, 269, 273.

tig denkende Menschen beim Vertragsschluß auf den von ihnen angestrebten wirtschaftlichen Erfolg angekommen ist". In dem betreffenden Fall¹⁾ wollten die Parteien zum Zwecke des Ausbaus und der gemeinschaftlichen Nutzung eines Geschäftshauses eine OHG errichten. Da der Gesellschaftszweck nicht auf ein Handelsgewerbe gerichtet sei, sah der BGH den Vertrag gem. § 105 HGB, § 306 BGB als nichtig an. Als Ersatzgeschäft zog der BGH eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts heran, für die im Innenverhältnis die Vorschriften über die OHG zu gelten hätten, soweit dies rechtlich zulässig sei.²⁾ Durch das Ersatzgeschäft wurde hier also zumindest im Innenverhältnis der Parteien letztlich derselbe wirtschaftliche Erfolg erreicht, wie wenn das beabsichtigte Geschäft, nämlich der Gesellschaftsvertrag als OHG-Vertrag, wirksam gewesen wäre.

Ein besonders anschauliches Beispiel in diesem Zusammenhang bietet ein Fall, den das RG zu entscheiden hatte³⁾: Durch Vertrag verkaufte der Geschäftsführer einer GmbH die der Gesellschaft gehörenden Maschinen, Warenvorräte und Utensilien, das Recht, die Gesellschaftsfirma zu führen, und übergab sämtliche vorhandenen ausstehenden Forderungen, so daß das gesamte Aktivvermögen der Gesellschaft auf den Erwerber "übergeht". Als Vertrag über das gegenwärtige Vermögen der GmbH bedurfte er gem. § 311 BGB der notariellen Beurkundung. Da diese nicht eingehalten war, war der Vertrag gem. § 125 S. 1 BGB formnichtig. Die Besonderheit lag nun darin, daß die einzelnen Gegenstände, die das Vermögen der GmbH ausmachten, in beigefügten Verzeichnissen im einzelnen angegeben waren. Das RG hielt den Vertrag als formlos mögliche Kaufverträge über die Einzelgegenstände gem. § 140 BGB aufrecht. Zum subjektiven Tatbestand hat es ausgeführt⁴⁾: "Auch umfaßten die den Gegenstand dieser Rechtsgeschäfte bildenden einzelnen Vermögensstücke ... das gesamte

1) dazu bereits o. S. 85, 86f.

2) vgl. BGHZ 19, 269, 276.

3) RG, Urt. v. 11.11.1910, abgedr. in RGZ 76, 1 ff; ähnlich RGZ 82, 273, 277.

4) RGZ 76, 1, 3.

Aktivvermögen der Gesellschaft, das aus nichts anderem, als aus jenen Vermögensstücken bestand. Dieser Umstand war geeignet, die Annahme zu begründen, daß die Geltung jener mängelfreien Rechtsgeschäfte bei Kenntnis der Nichtigkeit des die Übertragung des Vermögens als ganzes bezweckenden Vertrages von den Vertragsschließenden gewollt sein würde".

Das RG hat in einer anderen Entscheidung¹⁾ (als Hilfserwägung) die Aufrechterhaltung einer wegen Verstoßes gegen § 15 GmbHG formnichtigen Übertragungsvereinbarung über einen GmbH-Anteil, die allerdings überflüssig war, da der Anteil bereits vorher wirksam übertragen worden war, als der in dem nichtigen Übergabevertrag enthaltenen obligatorischen Regelung über die Gesellschaftsbeteiligung für möglich gehalten, weil auf "diese Weise ... der mit dem Geschäft erstrebte wirtschaftliche Zweck - Übergang des Geschäftsanteils ... unter Regelung der obligatorischen Beziehungen ... nach Inhalt der (nichtigen) Vereinbarung ... nicht nur ebensogut, sondern einfacher und billiger erreicht" würde.²⁾ Dies rechtfertigte die Annahme des hypothetischen Willens.

Ein weiteres Beispiel dafür, daß das umgedeutete Geschäft wirtschaftlich zu demselben Ergebnis führt wie das beabsichtigte, aber nichtige Geschäft, findet sich in der Entscheidung RG LZ 1931, Sp. 839ff. Dort wurde die Abtretung einer vermeintlich zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek, wobei letztere von Anfang an nichtig war, in die (Neu-)Bestellung einer Fremgrundschuld umgedeutet. Der Gläubiger erhielt also letztlich ein Grundpfandrecht, das dem beabsichtigten vollkommen gleich war.

Wenn die Parteien ein dingliches Recht vereinbaren wollten, das als solches von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird, so kann dieser Vertrag ggf. in die obligatorische Verpflichtung zur Gewährung der betreffenden Rechte umgedeutet werden. Wollten die Parteien z.B. ein dingliches Wiederkaufsrecht vereinbaren,

1) RGZ 88, 61ff.

2) RGZ 88, 61, 66.

was rechtlich nicht zulässig ist, so kann das Geschäft ggf. als schuldrechtliches Wiederkaufsrecht aufrechterhalten werden.¹⁾ Ähnlich liegen die Fälle, in denen die Parteien ein unübertragbares Recht veräußern wollten, also z.B. den Nießbrauch entgegen § 1059 S. 1 BGB übertragen wollen. Dann kann ggf. das betreffende Übertragungsgeschäft als Verpflichtung zur Überlassung des Rechts zur Ausübung umgedeutet werden.²⁾ Der zur Ausübung Berechtigte erhält also letztlich schuldrechtlich die volle Nutznießung, die ihm auch als Inhaber des Nießbrauchs zugestanden hätte.

In all diesen Fällen wird der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg ganz oder fast ganz erreicht. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß die Parteien, denen es auf den wirtschaftlichen Erfolg des Geschäfts ankam, als vernünftig denkende Menschen die betreffenden Ersatzgeschäfte geschlossen haben würden, anstatt von dem Geschäft ganz Abstand zu nehmen.

b) Objektive Vertragsvernunft und Parteiwille

Umgekehrt können die subjektiven Voraussetzungen des § 140 BGB aber noch nicht ohne weiteres als erfüllt angesehen werden, wenn das Ersatzgeschäft denselben wirtschaftlichen Erfolg erreicht und die Umdeutung an sich objektiv vernünftig wäre. Gegen die Ansicht Hiebers³⁾, es genüge für die Umdeutung, daß die Beteiligten als vernünftig denkende Leute das andere Geschäft gewollt haben würden und die Vernunftsgründe, auf die es hierbei ankomme, seien objektiv feststellbar und von der Meinung der Beteiligten unabhängig, hat der BGH⁴⁾ eingewandt: Ebenso wie bei der Auslegung sei auch eine Umdeutung "nach rein objektiven Gesichtspunkten nicht zulässig", so daß der vermut-

1) vgl. z.B. BGH JZ 1965, 215f;

2) dazu o. S. 151.

3) Hieber, DNotZ 1954, 303, 304.

4) BGHZ 19, 269, 272f.

liche Parteiwille eine sachgerechte Berücksichtigung finden müsse. Zwar könne, heißt es weiter¹⁾, "im allgemeinen davon ausgegangen werden ..., daß es den Parteien als vernünftig denkende Menschen ... auf den von ihnen angestrebten wirtschaftlichen Erfolg angekommen ist. Es ist aber im Einzelfall durchaus denkbar, daß die Parteien der von ihnen gewählten Rechtsform ein besonderes Gewicht beigemessen haben, hinter dem der angestrebte wirtschaftliche Erfolg zurücktritt". Diesem Umstand sei bei der Ermittlung des hypothetischen Willens Rechnung zu tragen, "da die Umdeutung nicht zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen darf, die sich einfach gegen die besondere Willensrichtung und über die besonderen Vorstellungen der Parteien hinwegsetzt".²⁾ Nach diesen Erwägungen, die allgemein Zustimmung gefunden haben³⁾, schließt ein der Umdeutung entgegenstehender rechtlicher oder tatsächlicher, geäußerter oder nicht geäußerter Wille der Beteiligten eine Konversion auch dann aus, wenn das in Betracht kommende Ersatzgeschäft zu demselben wirtschaftlichen Erfolg wie das beabsichtigte Geschäft führen würde und die Parteien das angestrebte wirtschaftliche Ziel letztlich voll erreichen würden und die Umdeutung deshalb an sich aus objektiver Sicht vernünftig wäre.⁴⁾

Die Entscheidung ist allerdings i.E. auf heftige Kritik gestoßen, weil der BGH sich an diese Grundsätze selbst nicht gehalten habe. In dem Fall hatte sich nämlich der beklagte Gesellschafter gegen die Umdeutung des OHG-Vertrages in einen Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen

1) BGHZ 19, 269, 273.

2) BGH a.a.O.

3) vgl. z.B. BGH NJW 1980, 2350, 2352; BGH NJW 1971, 420; BGH NJW 1974, 43, 44; BGHZ 68, 204, 206; BGHZ 20, 363, 370f; BGHZ 26, 320, 329; BGHZ 40, 218, 223; in der Rechtslehre vgl. insbes. Larenz, AT, § 23 III, S. 458; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 1 a.E. und 7; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 22; Erman-Brox § 140 Rdn. 16, 17; Medicus, AT, Rdn. 521; ähnlich Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 19, 20; Mayer-Maly, FS Flume I, S. 621, 623f; im Ergebnis auch Reinicke, Rechtsfolgen, S. 103; Flume, AT II, S. 595f.

4) allg. Meinung, vgl. die Nachweise o. Fn. 3 und z.B. Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2 b.

Rechts mit der Behauptung gewandt, er habe bei Vertragsschluß erklärt, er sei nicht gewillt, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzugehen, weil sein Vater mit einer solchen schlechte Erfahrungen gemacht habe. Diese Äußerung wurde als Indiz gegen die Umdeutung aufgefaßt. Das Berufungsgericht hielt diese Behauptung aber für unerheblich. Denn aus ihr gehe nur hervor, daß der Beklagte in der damaligen Situation, in der die Parteien meinten, die Wahl zwischen einer OHG und einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu haben, eine OHG einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorgezogen habe. Daraus ergebe sich aber nicht, daß er überhaupt keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hätte, wenn er die rechtliche Unmöglichkeit der Errichtung einer OHG erkannt haben würde. Der BGH¹⁾ billigte diese Erwägungen und trat der Ansicht bei, die (behauptete) Äußerung widerspreche nicht dem hypothetischen Willen der Parteien. Denn es komme nicht darauf an, was die Parteien bei Vertragsschluß "tatsächlich gewollt haben ..., sondern darauf, was sie gewollt haben würden, wenn sie die Nichtigkeit der von ihnen vorgesehenen Errichtung einer OHG ... beim Vertragsschluß erkannt haben würden. Dieser Unterschied", heißt es weiter²⁾, "zwischen dem tatsächlichen Willen und dem für die Umdeutung maßgeblichen hypothetischen Willen ist offensichtlich, da im vorliegenden Fall der tatsächliche Wille von der Annahme einer freien Auswahl zwischen den Rechtsformen der OHG und der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ausging, der hypothetische Wille der Vertragsschließenden jedoch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die von den Vertragsschließenden gewählte Rechtsform der OHG aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommen konnte, zu ermitteln war".

Flume³⁾ hält die Entscheidung für "fragwürdig". Denn der BGH habe sich über den "aktuellen Willen" des betreffenden Gesellschafters, der die BGB-Gesellschaft abgelehnt hatte, "aufgrund des angenommenen hypothetischen Willens" hinweggesetzt. Er

1) BGHZ 19, 269, 274f.

2) BGHZ 19, 269, 274, 275.

3) Flume, AT II, S. 596; im Ergebnis stimmt er aber der Entscheidung aus anderen Gründen zu, vgl. Flume, AT II, S. 200 und o. S. 87 Fn. 1.

sieht einen der Konversion entgegenstehenden aktuellen Willen bereits darin, "wenn der oder die Geschäftspartner sich die Möglichkeit des 'anderen' Geschäfts bei der Vornahme des Geschäfts vorgestellt und in bewußter Ablehnung des 'anderen' Geschäfts das Geschäft vorgenommen haben".¹⁾ Larenz²⁾ hält die Entscheidung - auch im Ergebnis - für "bedenklich". Der BGH habe nicht einfach annehmen dürfen, daß der betreffende Gesellschafter sich bei Kenntnis der Unmöglichkeit, den beabsichtigten Geschäftszweck in der Rechtsform der OHG zu erreichen, auf die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingelassen und nicht vielmehr von dem Vertrag überhaupt Abstand genommen hätte.³⁾ Medicus⁴⁾ hält dem BGH entgegen, indem der wirkliche Wille wegen der irrigen Vorstellung von der Wahlmöglichkeit zwischen den betreffenden Gesellschaftsformen für unbeachtlich erklärt worden sei, habe der BGH die Fragestellung, auf die es ankomme, verfehlt, nämlich "ob nicht die (wirkliche) Abneigung des Beklagten gegen die BGB-Gesellschaft so stark war, daß er bei Kenntnis der Rechtslage einen Gesellschaftsvertrag überhaupt abgelehnt hätte".

M.E. ist diese Kritik an der Entscheidung nicht berechtigt. Der BGH hat in der Entscheidung nicht gegen seine eigenen Prinzipien verstoßen. Er hat weder die richtige Fragestellung verfehlt, noch hat sich der BGH über einen aktuellen Willen des Beklagten hinweggesetzt. Denn der wirkliche Wille steht der Anwendung des § 140 BGB nur entgegen, wenn er auf das "Unterbleiben der Umdeutung"⁵⁾, d.h. gegen die Aufrechterhaltung des vorgenommenen Geschäfts als das andere, gerichtet ist. Der der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entgegenstehende Wille kann nicht einfach neben den in § 140 BGB maßgeblichen hypothetischen Willen auf eine Stufe gestellt werden mit der Folge, daß diese

1) Flume, AT II, S. 595; ebenso Batten, AcP 174, 429, 444 Fn. 69.

2) Larenz, AT, § 23 III, S. 460.

3) Larenz, AT, § 23 III, S. 461; ähnlich Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7 a.E.

4) Medicus, AT, Rdn. 521.

5) Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 11.

Willensäußerung die Umdeutung zwingend ausschliesse. Der Äußerung kommt lediglich eine Indizwirkung zu, die zwar gegen die Umdeutung spricht, die aber nicht isoliert, sondern nur im Rahmen der Bewertung der Gesamtumstände Berücksichtigung finden kann. Um dem rechtlichen und wirtschaftlichen Willen und insbes. den Interessen der Beteiligten an der Verwirklichung ihrer Ziele angemessen Rechnung zu tragen, ist deshalb zu fragen, wie dieser tatsächliche Wille unter der Voraussetzung zu verstehen ist, daß die Parteien die Nichtigkeit des angestrebten Geschäfts kannten. Die Frage lautet also: Ist anzunehmen, daß die betreffende Vertragspartei sich auch dann gegen die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwahrt hätte, wenn sie gewußt hätte, daß die OHG als Gesellschaftsform aus Rechtsgründen ausschied. Diese Fragestellung hat der BGH nicht verkannt. Denn er hat den Sinn der Erklärungen anläßlich des Vertragsschlusses unter der Hypothese der Kenntnis der Nichtigkeit bewertet und gefragt, ob unter dieser Prämisse die sonstigen Vertragserklärungen, die nicht Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Erklärungen selbst gewesen zu sein brauchen, einer Umdeutung entgegenstehen. Dies war nicht der Fall. Denn das bloße Abwägen zwischen zwei als möglich erscheinenden rechtlichen Handlungsformen und die Entscheidung zugunsten der einen bedeutet ohne weiteres noch nicht, daß die Parteien der letzteren ein derartiges Gewicht beigemessen hätten, daß sie ihre wirtschaftlichen Ziele ausschließlich in dieser Rechtsform verwirklichen wollten. Die Wahlentscheidung zugunsten des einen Rechtsinstituts muß nicht unbedingt bedeuten, daß die Realisierung der wirtschaftlichen Ziele mit der letztlich gewählten Rechtsform stehen und fallen soll, so daß die Parteien im Falle der rechtlichen Unzulässigkeit der gewählten Rechtsform lieber auf die Durchführung ihres Geschäfts ganz verzichtet hätten. Auch wenn die Parteien die eine Rechtsform als günstiger als die andere angesehen haben mögen, zwingt dies nicht zu der Annahme, daß die andere als so ungünstig angesehen wurde, daß sie keinesfalls - auch nicht als ultima ratio - als rechtliche Handlungsform in Frage kam.

Dieses Auslegungsergebnis - hier setzt Larenz im wesentlichen seine Kritik an - ist allerdings nicht zwingend. Durchaus denk-

bar wäre es, daß der Beklagte mit der behaupteten Erklärung zum Ausdruck bringen wollte, daß er keinesfalls, auch nicht im Falle der Unzulässigkeit der OHG, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts errichten wollte. Dies ist jedoch Tatfrage, die im einzelnen nicht nachgeprüft werden kann, da der Sachverhalt insoweit notdürftig mitgeteilt ist. Die gegenteilige, vom BGH gebilligte Auslegung des Berufungsgerichts ist jedenfalls rechtlich möglich und nach dem mitgeteilten Sachverhalt i.E. nicht zu beanstanden.

c) Teilweise Verwirklichung des wirtschaftlichen Erfolges

Bislang wurden im wesentlichen Umdeutungsfälle angesprochen, in denen durch das Ersatzgeschäft das von den Parteien angestrebte wirtschaftliche Ziel ganz oder so gut wie ganz erreicht wurde, so daß die Annahme gerechtfertigt war, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit das andere Geschäft gewollt hätten. Die volle Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges ist aber nicht Voraussetzung der Umdeutung.

aa) Anerkannte Fälle

In einer Fülle von Entscheidungen hat die Rechtsprechung die Umdeutung zugelassen, obwohl das Ersatzgeschäft gegenüber dem beabsichtigten rechtlich und wirtschaftlich weniger weitgehende Folgen hatte. Die Umdeutung hat sogar, hat der BGH¹⁾ ausgeführt, "in aller Regel eine - quantitative oder qualitative - Leistungsminderung" zur Folge, "da das andere Geschäft, in das umgedeutet wird, nur in seltenen Fällen die gleiche Rechtslage schafft wie das ursprünglich beabsichtigte; zumeist bringt die Umdeutung für denjenigen, der insoweit aus dem nichtigen Geschäft berechtigt werden sollte, eine Einbuße mit sich ...". Gleichwohl wird eine Umdeutung als zulässig angesehen.²⁾

1) BGH NJW 1963, 339, 340.

2) ebenso Reinicke, Rechtsfolgen, S. 10lf; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7; Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 3.

So hat das RG¹⁾ ein formnichtiges Versprechen, als Mitgift ein Grundstück zu übereignen, als Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an diesem Grundstück aufrechterhalten. Das Berufungsgericht hatte festgestellt²⁾, "aus dem Zweck des (Mitgiftversprechens) ergebe sich, daß die Parteien, wenn sie die Nichtigkeit der auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Vereinbarung gekannt hätten, doch zumindest die Zusage der Bestellung eines Nießbrauchs im Auge gehabt hätten". Das RG er-
wog³⁾, dieser Feststellung stehe nicht entgegen, "daß der Nießbrauch ein erheblich schwächeres Recht ist als das Eigentum. Denn für die Frage, ob das nichtige Geschäft in Gestalt eines anderen Rechtsgeschäfts, dessen Erfordernisse vorliegen, aufrechtzuerhalten ist, kommt es nicht darauf an, ob der wirtschaftliche Erfolg, der durch das nichtige Geschäft erzielt werden sollte, auch durch das andere Geschäft in vollem Umfange erreicht wird, sondern es genügt, wenn dieser Erfolg wenigstens soweit erreicht wird, daß anzunehmen ist, die Parteien hätten mangels Erzielung des vollen Erfolges wenigstens die teilweise Verwirklichung ihrer Zwecke gewollt".⁴⁾

Ob anzunehmen ist, daß die Parteien wenigstens die teilweise Verwirklichung ihrer Ziele gewollt hätten, ist wiederum durch eine Wertung aller in Betracht kommenden Umstände bei Vertrags-
schluß unter besonderer Berücksichtigung dessen, worauf die Absichten der Parteien schwerpunktmäßig gerichtet waren, zu ermitteln. Letztlich gewinnt auch in den Fällen teilweiser Verwirklichung der wirtschaftlichen Ziele die Abwägung der Parteiinteressen eine entscheidende Bedeutung. Haben die Parteien z.B. zur Sicherung des Vermieters eines Schiffes ein Pfandrecht an der Ladung bestellen wollen, das mangels unmittelbaren Besitzes nicht zur Entstehung gelangt ist, so kann die Pfandrechtsbestellung ggf. in die Vereinbarung eines schuld-

1) RGZ 110, 391ff.

2) vgl. RGZ 110, 391, 392.

3) RGZ a.a.O.

4) ebenso RGZ 137, 171, 176; RG JW 1937, 3153, 3154; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 10ff; Larenz, AT, § 28 III, S. 459f.

rechtlichen Zurückbehaltungsrechts an der Schiffsladung umgedeutet werden.¹⁾ Der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg wird auf diese Weise nicht in vollem Umfang erreicht. Denn der Gläubiger hat aufgrund des Zurückbehaltungsrechts kein Verwertungsrecht an der Schiffsladung. Dennoch kann er durch die Möglichkeit, die Schiffsladung bis zur Befriedigung seiner Forderung dem Schuldner vorzuenthalten, einen gewissen Druck auf ihn ausüben, damit dieser seinen Verpflichtungen nachkommt. Daß der Schuldner bei Vertragsschluß auch mit der Vereinbarung eines derartigen Zurückbehaltungsrechts einverstanden gewesen wäre, liegt an sich auf der Hand, weil die umgedeutete Regelung ihn weniger belastet als die ursprünglich beabsichtigte Regelung. Auch der Gläubiger, der gegenüber dem beabsichtigten Geschäft letztlich auch im Wege der Umdeutung nur ein Weniger erhält, wäre bei Kenntnis der Nichtigkeit der Pfandrechtsbestellung sicherlich mit der Vereinbarung des Zurückbehaltungsrechts an der Schiffsladung einverstanden gewesen, da ihm die geringere Sicherung, die ihm das Zurückbehaltungsrecht gewährt, immer noch besser erscheinen durfte, als überhaupt keine Sicherheit.

bb) Wechselrecht

Nach den obigen Ausführungen ist es also durchaus denkbar, daß die Beteiligten das Ersatzgeschäft auch gewollt haben würden, wenn es gegenüber dem nichtigen Geschäft einen minderen oder sogar dürftigen Inhalt hat. Das RG²⁾ hat allerdings für die Umdeutung eines nichtigen, gezogenen Wechsels eine andere Ansicht vertreten und argumentiert³⁾: "Es widerspricht ... von vornherein den Verkehrsanschauungen, einen gezogenen nichtigen Wechsel als anderes Rechtsgeschäft aufrechtzuerhalten, da es tatsächlich in den allerseltensten Fällen anzunehmen ist, daß die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit des von ihnen be-

1) OGHZ 4, 138, 146 = NJW 1950, 784.

2) RG JW 1930, 1376.

3) RG JW 1930, 1376; ebenso RG JW 1935, 1778.

absichtigten Wechselvertrages ein anderes Rechtsgeschäft mit minder strengen Folgen für den Verpflichteten und minderen Rechten für den Berechtigten abgeschlossen haben würden. Wählen die Parteien die abstrakte Wechselverpflichtung in der Form des Akzepts, der Ausstellung oder des Indossaments eines gezogenen Wechsels, so wollen sie in aller Regel nur eine Wechselverpflichtung eingehen bzw. wechselmäßige Rechte erwerben, da ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen nur im Rahmen des Wechsels ... und nicht auf irgendeine sonstige Weise gedient werden kann".

Die Rechtslehre¹⁾ ist dieser Begründung entgegengetreten und bereits Bernstein²⁾ hat in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, daß es auch nach der ständigen Rechtsprechung des RG nicht Voraussetzung der Umdeutung sei, daß die volle wirtschaftliche Wirkung erreicht werde.³⁾ Weiter führt Bernstein aus⁴⁾: Auch werde die "berechtigte Partei ... im Regelfall immer noch die etwas mindere Wirkung (des umgedeuteten Geschäfts) der Wirkungslosigkeit vorziehen".

Diese Kritik ist berechtigt. Man kann nicht allgemein sagen, daß die Parteien, die eine Wechselverpflichtung eingehen bzw.

1) vgl. insbes. Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; ders., Rechtsfolgen, S. 102f; Bernstein, JW 1930, 1376f; Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 9; Staub/Stranz Art. 2 Anm. 20ff; E. Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 196; Jacobi S. 346f; Weimar, WM 1967, 862, 863.

2) Bernstein, JW 1930, 1376; i.E. ebenso bereits ders., JW 1926, 494f; insoweit zustimmend Philipp, JW 1927, 2973.

3) Bernstein, JW 1930, 1376, 1377 unter Bezugnahme auf die hier bereits angesprochene Entscheidung: RGZ 66, 27f (Umdeutung eines Pfandrechts in ein Zurückbehaltungsrecht); RG JW 1910, 467 (Umdeutung eines Schenkungsversprechens in ein Testament); RGZ 76, 1, 3f und RGZ 82, 273, 277 (Umdeutung von Vermögensübernahmeverträgen in Überlassung der Einzelgegenstände); in den letzten beiden Fällen wird allerdings der wirtschaftliche Erfolg ganz erreicht; RG SeuffA 67 Nr. 83 (Umdeutung eines Indossaments in eine Abtretung); RG WarnR 1910, 329 (Umdeutung der Abtretung eines Nießbrauchs in Pflicht zu dessen Überlassung zur Ausübung); RGZ 110, 391, 392 (Umdeutung eines Grundstücksüberlassungsvertrages in Nießbrauch).

4) Bernstein, JW 1930, 1376, 1377.

wechselseitige Rechte erwerben wollten, mit einer anderen, minderen Regelung nicht einverstanden gewesen wären und lieber ganz von dem Wechselgeschäft abgesehen hätten. Sicherlich wollten die Parteien mit dem Geschäft eine Wechselverpflichtung begründen und nicht gleichzeitig auch eine andere Verpflichtung. Dazu hatten sie auch keine Veranlassung, weil sie - was Voraussetzung der Umdeutung ist - keine Kenntnis von der Nichtigkeit des Wechsels hatten. Voraussetzung der Umdeutung ist es aber nicht, daß die Parteien das andere Geschäft wirklich gewollt haben, sondern daß anzunehmen ist, daß sie das Ersatzgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten. Diesem hypothetischen Willen kann aber die Aufrechterhaltung des nichtigen Wechsels z.B. als Anweisung bürgerlichen Rechts durchaus entsprechen. Der Wechselverpflichtete wäre auch mit einem ihn weniger belastenden Geschäft, etwa einer Anweisung bürgerlichen Rechts, einverstanden gewesen. Dem Wechselgläubiger wird die mindere Regelung immer noch lieber sein als überhaupt kein Recht aus dem Papier.

Jedenfalls ist die Argumentation des RG im Ergebnis unbefriedigend und unsachgemäß. Da der Wechsel abstrakter Natur ist, muß zur Beurteilung der gegenseitigen Interessen der Parteien das Grundgeschäft mit herangezogen werden. Ist z.B. für eine Kaufschuld ein Wechsel akzeptiert worden und nimmt der Verkäufer den Käufer aus dem unerkannt nichtigen Wechsel in Anspruch, so ist es unbefriedigend und der Sachlage nicht entsprechend, wenn der Käufer dem Verkäufer entgegenhalten könnte, er habe bei Ausstellung des Wechsels mehr geben, der Verkäufer mehr haben wollen, als aufgrund des umgedeuteten Geschäfts zu erlangen ist, und deshalb bekomme der Verkäufer nunmehr nichts.¹⁾

Außerdem hat sich das RG mit dieser Argumentation in Gegensatz zu seiner eigenen Rechtsprechung gesetzt. Neben den von Bernstein zitierten Entscheidungen²⁾, in denen die Umdeutung in Rechtsgeschäften mit minderen Wirkungen als zulässig erachtet

1) Jacobi S. 346, 347; ähnlich Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; ders., Rechtsfolgen, S. 103.

2) s. o. S. 242 Fn. 3.

wurde, muß in diesem Zusammenhang besonders darauf hingewiesen werden, daß (auch) das RG nichtige eigene Wechsel ggf. als Schuldversprechen oder kaufmännische Verpflichtungsscheine im Wege der Umdeutung aufrechterhalten hat¹⁾, obwohl doch auch das Schuldversprechen und der kaufmännische Verpflichtungsschein nicht die besonderen wechselfähigen Rechte vermitteln. Ohne dies zu übersehen, aber auch ohne sich mit diesem offensichtlichen Widerspruch auseinanderzusetzen, hat das RG die Umdeutung des gezogenen Wechsels in eine Anweisung u.a. mit der oben zitierten Begründung abgelehnt.²⁾ Diese unterschiedliche Handhabung des gezogenen und des eigenen Wechsels ist aber nicht gerechtfertigt.

cc) Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen

Bei gegenseitigen Verträgen kann es durch die Umdeutung zu einer Verschiebung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung kommen. Dies ist der Fall, wenn die von dem einen Teil nach dem Ersatzgeschäft geschuldete gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Leistung gemindert ist, demgegenüber die von dem anderen Teil zu erbringende Gegenleistung unverändert bleibt.³⁾ Die Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses der beiderseitigen Leistungen ist zwar ein Umstand, dem bei der Ermittlung des hypothetischen Willens gem. § 140 BGB ein besonderes Gewicht beigemessen werden muß. Sie schließt jedoch eine Umdeutung nicht notwendig aus.⁴⁾ So hat z.B. das RG⁵⁾ einen Hofübergabevertrag, durch den sich der Unternehmer zur Gewährung

1) vgl. insbes. RGZ 48, 223, 230ff und o. S. 102; ausdrücklich zustimmend RG JW 1930, 1376; ebenso RG JW 1935, 1778.

2) vgl. RG JW 1930, 1376; so auch RG JW 1935, 1778.

3) zur Frage, ob das letztere Voraussetzung der Umdeutung ist, s. u. S. 364ff.

4) allg. Meinung, vgl. z.B. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 114; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 22.

5) RG JW 1937, 3153.

eines Altenteils an den Übergeber und dessen Ehefrau verpflichtet hatte, in eine Nießbrauchsbestellung an dem Hof umgedeutet. Die ausbedungene Gegenleistung des Übernehmers, nämlich die Gewährung des Altenteils, blieb unberührt bestehen. Obwohl der Unternehmer nicht das Volleigentum an dem Hof erhielt, sondern (zunächst bis zum Anerbenfall) nur Nießbraucher wurde, blieb er verpflichtet, wie das RG ausdrücklich betont hat¹⁾, "die Altenteilsleistungen in gleicher Weise und in demselben Umfang fortzureichen ..., wie er es bei Gültigkeit des beabsichtigten Überlassungsvertrages hätte tun müssen".

Es liegt auf der Hand, daß der Wille der Partei, die bei gleichbleibender Leistungspflicht weniger erhält, eine besondere Berücksichtigung finden muß. "Ausschlaggebend", hat der BGH in dem Dauerwohnrechtsfall²⁾ dementsprechend ausgeführt³⁾, "ist (bei der Feststellung des hypothetischen Willens) der Wille des Partners, der im Umdeutungsfalle durch eine Verschiebung des Leistungsgleichgewichts benachteiligt wird. Denn umgedeutet darf lediglich werden, sofern 'anzunehmen' ist ..., daß auch er bei Kenntnis der Vertragsnichtigkeit gewillt gewesen wäre, sich trotz unveränderten Bestehenbleibens seiner eigenen Leistungspflicht mit einer Veränderung der ihm selbst gebührenden Leistung abzufinden ... Ist er ... nach seiner hypothetischen Willensrichtung auch mit einer solchen verminderten Leistung zufrieden, dann geschieht ihm kein Unrecht, wenn er verpflichtet bleibt, die ihm selbst obliegende Leistung unverkürzt zu erbringen ...". Für den anderen Vertragspartner, der bei Kürzung seiner eigenen Leistungspflicht den Anspruch auf die volle Gegenleistung behält, "spielt unter diesen Umständen der Gesichtspunkt der Äquivalenzstörung überhaupt keine Rolle".⁴⁾ Es wird sich im allgemeinen sagen lassen: Je weiter das Äquivalenzverhältnis durch die Umdeutung verschoben wird, desto weniger spricht für die Annahme, daß die benachteiligte Partei das Ersatzgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit abgeschlossen hätte.

1) RG JW 1937, 3153, 3154.

2) BGH NJW 1963, 339ff.

3) BGH NJW 1963, 339, 340.

4) BGH a.a.O.

4. Sonstige Anhaltspunkte für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB in der Rechtsprechung

Für die Frage, ob die Parteien das andere Geschäft gewollt haben würden, ist der Richter zumeist, wenn kein wirklicher Wille für oder gegen die Konversion festgestellt werden kann, auf einzelne Indizien angewiesen, an Hand derer er eine Bewertung der Interessen der Parteien an der Verwirklichung der angestrebten wirtschaftlichen Ziele durch das andere Geschäft vornehmen muß. Neben der Frage, inwieweit die wirtschaftlichen Ziele erreicht werden oder nicht, kommen oft weitere Anhaltspunkte hinzu, die eine Umdeutung als gerechtfertigt erscheinen lassen oder nicht. Wenn auf diese Weise festgestellt werden kann, daß die Parteien den wirtschaftlichen Erfolg des Geschäfts auch durch das Ersatzgeschäft verwirklicht hätten, liegen die Voraussetzungen des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB vor. In der Rechtsprechung finden sich dazu die verschiedensten Gesichtspunkte, die allesamt stark einzelfallbezogen sind und sich kaum verallgemeinern lassen. Zur näheren Veranschaulichung sollen nur einige weitere Beispiele aus der Rechtsprechung gegeben werden: So hatte der Erblasser in einem Fall, der dem RG zur Entscheidung vorlag¹⁾, in einer als "Schuldschein" überschriebenen Urkunde, die er eigenhändig geschrieben und unterschrieben hatte, für seine langjährige Hausbedienstete 10.000,- Mark bestimmt, die sie nach seinem Tode einzufordern berechtigt sein sollte. Das RG faßte die betreffende Urkunde als schenkweise erteiltes, wegen Formmangels nichtiges Schuldanerkennntnis auf, ließ aber die Umdeutung in eine vermächtnisweise Zuwendung des Geldbetrages zu. Durch dieses Vermächtnis stand die Bedienstete wirtschaftlich praktisch genauso, als wenn das schenkweise erteilte Schuldanerkennntnis als solches von Anfang an wirksam gewesen wäre. Denn danach sollte die Bedachte einen schuldrechtlichen Anspruch erhalten, den sie erst nach dem Tode des Erblassers gegen den Rechtsnachfolger sollte geltend machen können, wie dies dem Vermächtnis entspricht. Die bloße Erreichung desselben wirtschaftlichen Erfolges reichte

1) RG JW 1910, 457f.

für die Feststellung des hypothetischen Willens aber nicht aus. Das Berufungsgericht hatte vielmehr darüber hinaus festgestellt¹⁾, "der Erblasser habe (der Bedachten) unter allen Umständen die ihr aus seinem Vermögen ausgesetzten, nach seinem Tode einziehbaren 10.000,- M sichern wollen; denn er habe sich (der Bedachten), die seinetwegen ihre Musikstunden aufgegeben und ihm 14 Jahre persönliche Dienste geleistet habe, über die ihr gewährte regelmäßige Entschädigung hinaus verpflichtet gefühlt und diese Schuld abtragen wollen. Bei dieser Feststellung", heißt es weiter²⁾, "war ... (die) Anwendung des § 140 BGB berechtigt ..." Neben der vollen Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges sprachen also weitere Indizien aus den Umständen des Geschäfts dafür, daß der Erblasser den Geldbetrag bei Kenntnis der Nichtigkeit auch durch ein Vermächtnis zugewandt hätte.

In einem Fall, den das KG³⁾ zu entscheiden hatte, wollten die Eltern das Pflichtteilsrecht ihres Sohnes mit Rücksicht auf dessen Überschuldung durch Erbvertrag beschränken, wobei sie erklärten, daß sie die Anordnungen "jeder für sich" träfen und sie wechselseitig annähmen. Da das Pflichtteilsrecht gem. §§ 2338 Abs. 2, 2336 Abs. 1 BGB nur durch einseitige Verfügung von Todes wegen beschränkt werden kann, stellte sich die Frage, ob die vertragliche Pflichtteilsbeschränkung als Beschränkung durch einseitige Verfügung aufrechterhalten werden könne. Das KG hat dies befürwortet und ausgeführt⁴⁾: "Die Eheleute haben ... ihren Willen deutlich dahin erklärt, daß sie die vereinbarten Bestimmungen auch 'ein jeder für sich' träfen. Sie haben also die ... Anordnungen zugleich ausdrücklich ein jeder als seine einseitige letztwillige Verfügung erlassen. Auf jeden Fall nötigt der Gesamtinhalt der Verhandlung ... zu der Annahme, daß die Eheleute ... bei Kenntnis der Nichtigkeit des Erbvertrages die Geltung ihrer Vereinbarung als testamentsweise

1) vgl. RG JW 1910, 467, 468.

2) RG a.a.O.

3) KGJ 28 A 16ff.

4) KGJ 28 A 16, 18.

Verfügung gewollt haben würden (vgl. § 140 B.G.B.)". Das KG hat also für die Feststellung des hypothetischen Willens entscheidendes Gewicht auf die Wendung in dem Erbvertrag gelegt, daß jeder seine Verfügung für sich treffe.

Das OLG Bremen¹⁾ hat die Umdeutung eines gem. § 26 GÜKG, § 134 BGB nichtigen Haftungsausschlusses in einem Versicherungsvertrag als Abtretungsverbot für zulässig angesehen. Die betreffende Klausel lautete: "Versichert der Auftraggeber selbst, so ist jeder Schadensersatzanspruch aus den durch diese Vereinbarung gedeckten Gefahren ausgeschlossen, geht also nicht auf den Versicherer über". Die Annahme, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit das Abtretungsverbot gewollt hätten, hat das OLG u.a. auf folgende Erwägungen gestützt²⁾: Dies liege "umso näher, als die Vertragsparteien die Wirkung eines Abtretungsverbots, nämlich den Anspruchsübergang auf den Transportversicherer zu verhindern, bereits als Folge des vereinbarten Haftungsausschlusses ins Auge gefaßt hatten, wie aus dem Nachsatz (der zitierten Klausel) ... hervorgeht". Hier kam also der Feststellung, daß die Parteien die Rechtsfolgen des umgedeuteten Geschäfts bereits "als Folge" der getroffenen, aber nichtigen Vereinbarungen "ins Auge gefaßt hatten", besondere Bedeutung zu.

In einer bereits angesprochenen Entscheidung des BGH³⁾ wollte der Großvater dem Enkel seinen Grundbesitz, der sein ganzes Vermögen darstellte, "im Wege der verfrühten Erbfolge" zu sofortigem Eigentum übertragen. In einer weiteren notariellen Urkunde vom selben Tage widerrief er seine früheren letztwilligen Verfügungen. Der Übergabevertrag war mangels Zustimmung der Ehefrau des Großvaters gem. § 1365 BGB unwirksam. Der BGH hat den Übergabevertrag als Erbvertrag aufrechterhalten und bestätigte insoweit das Berufungsgericht, das für die Umdeutung mit Recht u.a. darauf abgestellt habe⁴⁾, "daß die Übertragung

1) OLG Bremen OLGZ 1966, 136.

2) OLG Bremen OLGZ 1966, 136, 138.

3) BGHZ 40, 218ff.

4) BGHZ 40, 218.

des Grundbesitzes in dem Übergabevertrag ausdrücklich 'im Wege der verfrühten Erbfolge' vorgenommen wurde und daß (der Großvater) unmittelbar nach Abschluß des Übergabevertrages seine früheren letztwilligen Verfügungen widerrufen hat". Durch die Wendung "im Wege der verfrühten Erbfolge" und durch den Widerruf der früheren letztwilligen Verfügungen wurde deutlich, daß der Großvater durch den Übergabevertrag mit sofortiger Wirkung die Vermögensverhältnisse (zumindest auch) so regeln wollte, wie sie nach seinem Tode bestehen sollten. Es konnte deshalb angenommen werden, daß der Großvater bei Kenntnis der Nichtigkeit des Übergabevertrages die erbvertragliche Regelung gewollt haben würde.

Wenn auch oft rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Erklärungen der Beteiligten darauf hindeuten werden, ob der hypothetische Wille i.S.d. § 140 BGB angenommen werden kann oder nicht, so ist dies keineswegs Voraussetzung für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB. Es genügt, wenn auch aus den sonstigen Umständen festgestellt werden kann, daß die Beteiligten in jedem Falle (unabhängig von der betreffenden Rechtsform) die angestrebten wirtschaftlichen Ziele verwirklicht sehen wollten. So hatte das OLG Koblenz¹⁾ einen Fall zu entscheiden, in dem zwei Schwestern eine Urkunde errichtet hatten, die folgenden Wortlaut hatte: "... Wir geben (der langjährigen Hausangestellten) unsere gesamte Gast- und Wohnstätte als ihr Eigentum zu betrachten (Unterschriften)". Das OLG sah in der betreffenden Urkunde eine Schenkung unter Lebenden, die gem. §§ 518, 125 BGB nichtig sei. Es hat jedoch die Voraussetzungen der Umdeutung des nichtigen Geschäfts in eine Verfügung von Todes wegen als erfüllt angesehen und erwogen²⁾: "Beide Schwestern waren alt und gebrechlich. Die bei dem Fliegerangriff erlittenen Verletzungen hätten sie dauernd ans Bett gefesselt, und sie konnten mit ihrem Ableben in absehbarer Zeit rechnen ... Es ist auch nicht zweifelhaft, daß (eine der Schwestern) bei Kenntnis der Nichtigkeit der Schenkung deren Aufrechterhaltung als eigenhändiges Testament gewollt hätte ..." Hier ergab sich also aus

1) OLG Koblenz NJW 1947/48, 384f.

2) OLG Koblenz NJW 1947/48, 384, 385.

den Umständen, die die Errichtung der Schenkungsurkunde begleitet hatten, daß die Schwestern mit dem Geschäft bereits die Vermögensverhältnisse an der Gast- und Wohnstätte nach ihrem Tod, den sie offenbar vor Augen hatten, regeln wollten. Der Annahme des hypothetischen Willens nach § 140 BGB stand deshalb nichts im Wege.

Fehlt es dagegen an konkreten Anhaltspunkten, die die Annahme des hypothetischen Willens rechtfertigen, so ist die Umdeutung ausgeschlossen. Ähnlich wie es als Voraussetzung der ergänzenden Auslegung angesehen wird, daß sie in dem lückenhaften Vertrag eine "Stütze" findet und sich als "zwingende selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang des Vereinbarten ergeben"¹⁾ muß, so daß "ohne die vorgenommene Ergänzung das Ergebnis in offenbarem Widerspruch zu dem nach dem Inhalt des Vertrages tatsächlich Vereinbarten stehen würde", kann den Vertragsparteien an Stelle des nichtigen Geschäfts nicht einfach ein anderer Vertragswille unterstellt werden. So hat der BGH²⁾ zu Recht die Umdeutung einer Eigentumsübertragung eines Nichtberechtigten gem. §§ 930, 933 BGB, die daran gescheitert war, daß dem (gutgläubigen) Erwerber nur Mitbesitz eingeräumt worden war³⁾, in die Einräumung eines Miteigentumsanteils und den gutgläubigen Erwerb entsprechend § 933 BGB⁴⁾ abgelehnt, weil für den hypothetischen Willen keinerlei Anhaltspunkte gegeben waren. Dies gilt erst recht, wenn zwischen dem nichtigen und dem umgedeuteten Geschäft große rechtliche Unterschiede bestehen. So hat das BAG⁵⁾ entgegen der Rechtsprechung des RAG⁶⁾ und des LAG⁷⁾ Frankfurt die Umdeutung einer

1) BGH NJW 1982, 2190, 2191; BGHZ 77, 301.

2) BGH WM 1962, 818, 820.

3) vgl. zu dieser Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs nach § 933 BGB auch BGH NJW 1959, 2206f; RGZ 137, 23, 25ff; OLG Celle BB 1956, 1164.

4) diese Möglichkeit des Gutglaubenserwerbs befürwortet Koller, JZ 1972, 646, 650 a.E.; dagegen vom BGH WM 1962, 818, 820 offen gelassen.

5) BAG NJW 1960, 358f.

6) RAG ARS 38, 3ff.

7) LAG Frankfurt NJW 1954, 248.

nichtigen Beamtenernennung in ein echtes oder faktisches Arbeitsverhältnis abgelehnt und dazu ausgeführt¹⁾: Bei der Umdeutung komme es auf den "mutmaßlichen Willen der Beteiligten an. Die Parteien des vorl. Rechtsstreits müßten also mutmaßlich ein Arbeitsverhältnis gewollt haben. Besondere Umstände des Einzelfalles, die hierauf hindeuten könnten, sind nicht ersichtlich. Die Mutmaßung könnte ... nur darauf gestützt werden, (daß) jeder ... ein Arbeitsverhältnis gewollt haben würde ... Zwischen dem Beamtenverhältnis und dem Arbeitsverhältnis bestehen aber so große rechtliche Unterschiede, daß die Umdeutung ... in der Regel dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten nicht gerecht werden kann ..."

Dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB kann es entgegenstehen, wenn das umgedeutete Geschäft eine unsichere Rechtslage hervorrufen würde. So hat das RG²⁾ die Umdeutung eines formnichtigen Erbschaftskaufs in eine Abtretung der sich bei der Auseinandersetzung für den Veräußerer ergebenden Ansprüche für unzulässig gehalten, "weil die Rechtswirkungen einer solchen Abtretung zweifelhaft sind ... und weil die Vertragsschließenden eben wegen der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage eine bloße Abtretung der sich bei der künftigen Erbauseinandersetzung ergebenden Ansprüche nicht vorgenommen hätten ..."³⁾

Endlich kann eine Umdeutung ausgeschlossen sein, wenn das umgedeutete Geschäft von den beabsichtigten wirtschaftlichen Zielen gerade ein solches nicht vermittelt, auf das einer der Beteiligten bei Vertragsschluß entscheidendes Gewicht gelegt hat. So hat das OLG Celle⁴⁾ die Umdeutung eines formnichtigen Automaten-aufstellvertrages mit ausschließlicher Bindung des Gastwirts an den Aufsteller in einen solchen ohne die Ausschließlichkeitsbindung am subjektiven Tatbestand des § 140 BGB scheitern lassen und dazu ausgeführt⁵⁾: Jede andere Auffassung würde dem Geschäftswillen jedenfalls (des Aufstellers) nicht gerecht werden, da er

1) BAg NJW 1960, 358, 359.

2) RGZ 137, 171ff.

3) RGZ 137, 171, 176f.

4) OLG Celle NdsRPfI 1975, 89ff.

5) OLG Celle NdsRPfI 1975, 89, 93.

ein erhebliches Interesse an der Ausschließlichkeitsbindung gehabt habe, die sogar durch eine Vertragsstrafe abgesichert werden sollte, und da der Aufsteller insbes. langfristige Investitionen getroffen habe, er also auf die Ausschließlichkeitsbindung "mitentscheidenden Wert gelegt" habe.

Wie diese wenigen Beispiele gezeigt haben mögen, können sehr verschiedene Anhaltspunkte für oder gegen den hypothetischen Willen gem. § 140 BGB sprechen. Allgemeinlösungen und Patentrezepte gibt es nicht. Die Beantwortung der Frage, ob das in Frage kommende Ersatzgeschäft den Zielen der Parteien soweit gerecht wird, daß angenommen werden kann, daß sie dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt haben würden, ist vielmehr in einer möglichst sorgfältigen Abwägung und Bewertung der erkennbaren Interessen der Beteiligten bei Vertragsschluß unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falles zu ermitteln. Die mehr oder weniger vollständige Erreichung der wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele bietet dabei sicherlich den Ausgangspunkt der Überlegungen, die sich jedoch darin nicht erschöpfen.

5. Die Umdeutung in ungebräuchliche und den Parteien unbekannte Rechtsgeschäfte

In der Rechtsprechung und Rechtslehre wird die Frage angesprochen, ob es einen Einfluß auf die Umdeutung eines Geschäfts haben kann, wenn das in Frage kommende Ersatzgeschäft nicht gebräuchlich oder den Parteien als rechtliche Handlungsform unbekannt ist. Das RG¹⁾ hat die Umdeutung eines nichtigen Wechsels in eine kaufmännische Anweisung i.S.d. § 363 HGB u.a. mit der Begründung abgelehnt²⁾, "der Verkehr kennt wohl Wechsel, Schecks und Kreditbriefe; die kaufmännische Anweisung ist jedoch ein derartiges singuläres Institut geblieben, daß sie der Praxis ganz fremd geblieben ist, wie es denn auch fast an jeder Rspr. darüber fehlt". Deshalb sei "keinesfalls anzunehmen, daß es

1) RG JW 1930, 1376f.

2) RG JW 1930, 1376, 1377.

den Parteien in den Sinn gekommen sein könnte, an ein solches im Verkehr ganz ungebräuchliches Rechtsgeschäft ... zu denken und es abschließen zu wollen".

Diese Argumentation besticht auf den ersten Blick: In der Tat ist es kaum denkbar, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des Wechsels ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hätten, dessen Zulässigkeit sie (möglicherweise) gar nicht kannten und das sie deshalb vielleicht nicht einmal richtig handhaben konnten. Diese Gesichtspunkte sprechen sicherlich als Indiz gegen den hypothetischen Willen. Die Argumentation des RG ist jedoch nicht zwingend. Mit ihr läßt sich in jedem Falle ein generelles Verbot der Umdeutung in eine ungebräuchliche oder den Parteien unbekannte Rechtsgeschäftsart nicht begründen. Dies ergibt sich aus dem Sinn des § 140 BGB, die wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele, die die Parteien angestrebt haben, möglichst weitgehend zu verwirklichen. Auf die Erreichung dieser Ziele kommt es an. Denn in aller Regel wird es den Parteien bei Abschluß des Geschäfts vorrangig um diese wirtschaftlichen Ziele gehen. Ihnen wird es demgegenüber regelmäßig gleichgültig sein, wie die Rechtsordnung ihre Vereinbarungen letztlich begrifflich erfaßt und rechtstechnisch qualifiziert. Den Parteien wird es also in der Hauptsache nicht darauf ankommen, in welcher rechtstechnischen Form ihr Wille verwirklicht wird, sondern daß das, was sie vereinbart haben, überhaupt ganz oder zumindest teilweise rechtlich durchsetzbar ist. Es ist deshalb für die Ermittlung des hypothetischen Willens der Parteien in erster Linie auf die wirtschaftlichen Wirkungen des umgedeuteten Geschäfts und nicht auf dessen besondere rechtstechnische Form abzustellen.¹⁾ Kann danach festgestellt werden, daß die Parteien den wirtschaftlichen Erfolg des Erstgeschäftes in jedem Falle ohne Rücksicht auf die Rechtsform durchsetzen wollten, so schließt die Ungebräuchlichkeit des Geschäfts die Konversion nicht aus. Die Ansicht des RG, die Ungebräuchlichkeit eines Geschäfts schließe den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB aus, hat sich

1) ähnlich Bernstein, JW 1930, 1376, 1377; Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; ebenso OLG Bamberg NJW 1967, 1913, 1914.

dementsprechend in der Rechtsprechung¹⁾ und Rechtslehre²⁾ nicht durchsetzen können. Insbes. enthalten die Entscheidungen des BGH³⁾ zur Umdeutung nichtiger gezogener Wechsel diese Argumentation nicht mehr. Der BGH⁴⁾ hat sich im Gegenteil bei der Umdeutung einer gem. § 2302 BGB nichtigen Auflage dahin geäußert, daß der Bedachte wirtschaftlich möglichst so zu stellen sei, wie der Erblasser es gewollt hätte, wenn er bei der Errichtung des Testaments "mit dem objektiven Recht vertraut gewesen wäre".⁵⁾

6. Unkenntnis der Nichtigkeit

Wie die Formulierung "bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde" zeigt, ist eine Umdeutung ausgeschlossen, wenn die Parteien die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kannten.⁶⁾

a) Unkenntnis der Nichtigkeit als (negatives) subjektives Tatbestandsmerkmal des § 140 BGB

Ganz Überwiegend wird die in § 140 BGB vorausgesetzte Unkenntnis der Nichtigkeit als Erfordernis des subjektiven Umdeutungstatbestandes aufgefaßt.⁷⁾ Dies ergibt sich daraus, daß nicht

1) vgl. insbes. OLG Bamberg NJW 1967, 1913, 1914 gegen RG JW 1930, 1376 und RG JW 1935, 1778.

2) vgl. insbes. Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; ders., Rechtsfolgen, S. 103, 104; Liesecke, WM 1971, 294, 297; ders., WM 1969, 2, 3; Staub/Stranz Art. 2. Anm. 21; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 21.

3) vgl. insbes. BGH NJW 1957, 1837; BGH WM 1955, 1324; BGH JZ 1970, 550; ebenso RGZ 136, 207.

4) BGH NJW 1974, 60f.

5) BGH NJW 1974, 60, 61.

6) allg. Meinung, vgl. z.B. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 100; Siller, AcP 138, 144, 159; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 18; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 11; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 20; Erman-Brox § 140 Rdn. 15; ebenso RGZ 138, 52, 56.

7) vgl. die Nachweise o. Fn. 6 außer Siller.

anzunehmen ist, daß bösgläubige Parteien das andere Geschäft, wie es in § 140 BGB vorausgesetzt wird, gewollt haben würden. Denn wenn die Parteien wissen, daß das beabsichtigte Geschäft z.B. formbedürftig ist und sie dennoch die Form nicht einhalten, geben sie sich mit der nichtigen und rechtlich unverbindlichen Regelung zufrieden und lehnen es gerade ab, etwas anderes, das wirksam wäre, zu vereinbaren.¹⁾ Haben die Parteien die Nichtigkeit ihrer Vereinbarungen gekannt, so steht fest, was sie bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt haben, nämlich das (nichtige) Geschäft. Einer Feststellung darüber, was sie, wie es § 140 BGB verlangt, bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten, bedarf es nicht mehr.²⁾

Für eine Umdeutung besteht in diesen Fällen auch kein Bedürfnis. Sinn und Zweck des § 140 BGB bestehen darin, dem Willen der Parteien zum Ziel zu verhelfen. Dieser Hilfe bedürfen die Parteien aber nicht, wenn sie das Rechtsgeschäft in Kenntnis der Nichtigkeit gleichwohl vorgenommen haben.³⁾ Denn es stand ihnen bei Vertragsschluß frei, das beabsichtigte Geschäft in gültiger Weise oder eine andere Regelung zu treffen. Im übrigen erscheint es zumindest als sehr zweifelhaft, ob ein Rechtsgeschäft, von dem die Parteien wissen, daß es nichtig ist, als eine rechtsverbindlich gewollte Regelung i.S. eines nichtigen Rechtsgeschäfts bezeichnet werden kann. In aller Regel wird es schon an dem Rechtsbindungswillen fehlen. So hat das RG⁴⁾ es als "psychologisches und logisches Erfordernis des nichtigen Rechtsgeschäfts" bezeichnet, "daß sich die Beteiligten der Nichtigkeit nicht bewußt sind. Sind sie sich der Nichtigkeit bewußt", heißt es in der Entscheidung weiter⁵⁾, "dann darf und muß ohne weiteres die zum Begriffe des Rechtsgeschäfts, auch des nichtigen, erforderliche Richtung des Willens auf Hervorrufung einer

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 100.

2) ähnlich Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 3.

3) ähnlich Erman-Brox § 140 Rdn. 15; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 100.

4) RGZ 68, 322, 325.

5) RG a.a.O.

Rechtswirkung als ausgeschlossen gelten".¹⁾ Nach diesen Ausführungen fehlt es bereits an einem nichtigen Rechtsgeschäft, so daß man die Unkenntnis der Nichtigkeit durchaus auch als negatives Tatbestandsmerkmal des objektiven Tatbestandes des § 140 BGB auffassen könnte.²⁾ Der Grundsatz, daß bei Kenntnis der Nichtigkeit begrifflich kein Rechtsgeschäft vorliege, wird aber nicht immer durchgehalten. So hat der BGH³⁾ entschieden, daß ein in Kenntnis der Formbedürftigkeit mündlich geschlossener Grundstückskaufvertrag als nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 313 S. 1, § 125 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sei, das gem. § 313 S. 2 BGB geheilt werden könne. Dabei hat der BGH entscheidend darauf abgestellt, daß § 313 S. 2 BGB eine Heilung zulasse, ohne dabei auf die Kenntnis oder Unkenntnis der Vertragsschließenden von der Nichtigkeit abzustellen ..."⁴⁾ Dies ist jedoch bei § 140 BGB, wie dargelegt, gerade der Fall. Es erscheint deshalb als sachgerechter, die in § 140 BGB vorausgesetzte Unkenntnis der Nichtigkeit als negative Voraussetzung des subjektiven Tatbestandes der Umdeutung aufzufassen, wie dies der herrschenden Meinung⁵⁾ entspricht.

b) Unkenntnis der Nichtigkeit bei schwebend unwirksamen und heilbaren Rechtsgeschäften

Es fragt sich, ob hinsichtlich der in § 140 BGB vorausgesetzten Unkenntnis der Nichtigkeit Besonderheiten bestehen, wenn die Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts noch nicht entgültig feststeht, wie dies bei schwebend unwirksamen und heilbaren Geschäften der Fall sein kann.

1) ähnlich RGZ 79, 303, 305; RGZ 79, 434, 437; RGZ 122, 138, 140f; RGZ 125, 109, 211; RGZ 137, 29, 32; BGHZ 45, 376, 379; BGH LM NR. 42 zu § 139 BGB.

2) so Siller, AcP 138, 144, 159.

3) BGH NJW 1975, 205.

4) BGH a.a.O.

5) s. Nachweise o. S. 254 Fn. 6.

Das RG¹⁾ hat die Umdeutung einer wegen Fehlens der Anzeige gem. § 128o BGB unwirksamen Forderungsverpfändung u.a. mit der Begründung abgelehnt, vor Eintritt der endgültigen Unwirksamkeit könne "von einer der Nichtigkeit gleichstehenden Unwirksamkeit und von der Kenntnis einer solchen keine Rede sein ..." ²⁾ Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig. Sicherlich kann im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht von einer wirklichen Kenntnis oder Unkenntnis der Nichtigkeit bzw. endgültigen Unwirksamkeit die Rede sein, weil die Unwirksamkeit eben noch nicht endgültig ist. Diese Argumentation verdreht jedoch die Fragestellung, auf die es ankommt. Für § 14o BGB ist es nicht maßgeblich, ob die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Nichtigkeit hätten haben können. Denn im Normalfall des § 14o BGB hatten die Parteien ja auch keine Kenntnis der Nichtigkeit.³⁾ Entscheidend ist vielmehr, ob die Parteien bei Vertragsschluß glaubten, mit dem Geschäft bereits eine rechtsverbindliche Regelung getroffen zu haben. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 14o BGB, den in der Vornahme des (nichtigen) Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gekommenen, aber fehlgeschlagenen Willen der Parteien zu verwirklichen. Ob nun die Parteien aber z.B. eine ihnen unbekannte Formvorschrift außer Acht lassen, und deshalb ihr Geschäft von Anfang an gem. § 125 BGB nichtig ist, oder ob sie in Unkenntnis der Rechtslage eine Handlung unterlassen, die das Gesetz für die Wirksamkeit des Geschäfts fordert, die aber nachholbar wäre, bleibt aus der Sicht der Parteien gleich, wenn sie im Augenblick des Vertragsschlusses die wahre Rechtslage verkannt und deshalb ein Rechtsgeschäft geschlossen haben, von dem sie glaubten, es sei bereits rechtsverbindlich, während in Wirklichkeit die Rechtsordnung das Geschäft nicht oder nicht so anerkennt. Wenn nun die Parteien später von der wahren Rechtslage und der fehlenden Wirksamkeit erfahren, dann erscheint es als ungerechtfertigt, im Falle anfänglicher endgültiger Unwirksamkeit eine Umdeutung

1) RGZ 79, 3o6ff.

2) RGZ 79, 3o6, 3o9, 31o.

3) so zu Recht BGHZ 4o, 218, 224 gegen RGZ 79, 3o6ff; ebenso BGH NJW 1976, 1o4, 1o5.

zuzulassen, während bei den Geschäften, bei denen sich die endgültige Unwirksamkeit erst später herausstellt, der eine Teil die Möglichkeit hat, z.B. durch Verweigerung der Verpfändungsanzeige sich von dem Vertrag ganz zu lösen, obwohl in beiden Fällen die Parteien glaubten, eine rechtsverbindliche Regelung bereits mit der Vornahme des Geschäfts getroffen zu haben. Diese unterschiedliche Betrachtung der Fälle ist nach Sinn und Zweck des § 140 BGB nicht gerechtfertigt. Bei Geschäften, deren endgültige Unwirksamkeit im Zeitpunkt ihrer Vornahme noch nicht feststeht, ist somit ebenso wie im allgemeinen Falle des § 140 BGB entscheidend, ob die Parteien bei Vertragsschluß keine Kenntnis von dem Fehlschlag ihres Geschäfts gehabt haben. Wußten sie demgegenüber, daß das Geschäft in der vorliegenden Form (noch) nicht wirksam war und daß z.B. noch die Zustimmung eines Dritten oder aber z.B. die Verpfändungsanzeige durch den Gläubiger gem. § 1280 BGB erforderlich war, so ist eine Umdeutung auch dann ausgeschlossen, wenn z.B. die Zustimmung des Dritten wider Erwarten nicht erteilt wird.

c) Der Irrtum der Parteien über die Wirksamkeit des Geschäfts

Die Umdeutung setzt also einen Irrtum der Parteien voraus, nämlich den Irrtum über die Wirksamkeit des vorgenommenen Geschäfts. Dieser Irrtum wird häufig ein reiner Rechtsirrtum sein, so etwa, wenn die Parteien aus Rechtsunkenntnis nicht von der Formbedürftigkeit oder Zustimmungsbedürftigkeit oder von der fehlenden Zulässigkeit des Geschäfts gewußt haben. Der Irrtum über die Wirksamkeit des Geschäfts kann aber auch durch eine falsche Vorstellung von Tatsachen veranlaßt sein: Dies ist z.B. der Fall, wenn die Parteien von der Zustimmungsbedürftigkeit eines Geschäfts zwar wußten, jedoch glaubten, die erforderliche Einwilligung sei (wirksam) erteilt, oder z.B. glaubten, ihre formbedürftigen Erklärungen seien vollständig beurkundet worden, obwohl dies in Wirklichkeit nicht der Fall war.

d) Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis der Nichtigkeit

Die Umdeutung ist nicht schon ausgeschlossen, wenn den Parteien die Nichtigkeit des Geschäfts infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.¹⁾ § 140 BGB verlangt, daß die Parteien keine Kenntnis der Nichtigkeit hatten. Kennenmüssen ist in § 140 BGB, anders als z.B. in § 932 Abs. 2 BGB, der Kenntnis nicht gleichgestellt. Einen allgemeinen Grundsatz, wonach grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichzustehen habe, gibt es dagegen nicht.

Diese Auslegung entspricht dem Sinn der Umdeutung am besten: § 140 BGB kann seine Aufgabe, den Willen der Parteien soweit wie möglich zu verwirklichen, auch dann erfüllen, wenn den Parteien die Nichtigkeit infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Denn auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Nichtigkeit können die Parteien davon ausgegangen sein, mit dem beabsichtigten Geschäft bereits eine verbindliche Regelung getroffen zu haben. Aus der subjektiven Sicht der Parteien unterscheidet sich somit die Situation im Falle grob fahrlässiger Unkenntnis nicht von den Fällen, in denen die Parteien die Nichtigkeit nicht grob fahrlässig verkannt haben.

e) Einseitige Kenntnis der Nichtigkeit

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn nur eine der Parteien die Nichtigkeit kannte, die andere hingegen auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraut hat. In einer solchen Situation kann sich die Frage stellen, ob auf Grund der Kenntnis der Nichtigkeit der einen Partei die Umdeutung ausgeschlossen oder auf Grund der Unkenntnis der Nichtigkeit der anderen Partei die Umdeutung zulässig sein soll. Es scheint sich hier ein unlösbarer Widerspruch aufzutun, weil die gutgläubige Partei als schutzwürdig erscheint, während die bösgläubige Partei den Schutz des § 140 BGB offensichtlich nicht verdient.

1) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 18; a.A. ohne nähere Begründung BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 20; ebenso für die Umdeutung von Prozeßklärungen Bauer, ZZP 64, 329, 349ff.

In der Rechtslehre wird die Umdeutung auch bei einseitiger Kenntnis der Nichtigkeit dem Grundsatz nach für möglich gehalten. Jedoch wird dabei von der einen Ansicht¹⁾ die Einschränkung gemacht, es sei bei der Ermittlung des anzunehmenden Parteiwillens nur auf die Vorstellungen und Zielsetzungen der Partei zu achten, der die Nichtigkeit unbekannt war. Weiter wird vertreten²⁾, derjenige, der die Nichtigkeit kenne, müsse sich gem. § 116 BGB analog an den erklärten Willen binden lassen. Nach der Ansicht Sillers³⁾ kann sich nur die gutgläubige, nicht aber die Partei, die die Nichtigkeit kannte, auf die Konversion "berufen". Nach allen Ansichten schließt also die einseitige Kenntnis der Nichtigkeit die Umdeutung grundsätzlich nicht aus. Ziel ist es, die gutgläubige Partei zu schützen.

Die verschiedenen Ansichten führen zu befriedigenden Ergebnissen, wenn die Umdeutung letztlich dem Vorteil und dem Interesse der gutgläubigen Partei entspricht. Hat z.B. der Sicherungsgeber eine Hypothek bewußt in unwirksamer Form verpfändet, der Sicherungsnehmer hingegen auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraut, so liegt die Aufrechterhaltung der nichtigen Verpfändung als Zurückbehaltungsrecht an den übergebenen Urkunden im Interesse des gutgläubigen Sicherungsnehmers. Sein Schutz wird nach allen Ansichten gewährleistet, indem bei der Ermittlung des hypothetischen Willens allein auf ihn als der gutgläubigen Partei abgestellt und der hypothetische Wille der bösgläubigen Partei außer Acht gelassen wird. Nach den ersten beiden Ansichten kann man jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen gelangen, wenn die Umdeutung für die gutgläubige Partei nachteilig wäre, sie also besser stände, wenn es bei der Nichtigkeit des Geschäfts endgültig verbleiben würde. Hat z.B. der Nehmer eines eigenen Wechsels, auf dem die Wechselklausel fehlt, von der Nichtigkeit gewußt, so erscheint es als unbillig, wenn der gutgläubige Aussteller, der gem. Art. 78 Abs. 1 WG wie der Akzeptant eines gezogenen Wechsels haftet, durch die Umdeutung aufgrund des in dem nichtigen Wechsel enthaltenen Schuldver-

1) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 18.

2) Erman-H. Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 5.

3) Siller, AcP 138, 144, 159.

sprechens in Anspruch genommen werden könnte. Zwar wäre aus den Ansichten, die bei einseitiger Kenntnis der Nichtigkeit allein auf die Willensrichtung des gutgläubigen Teils abstellen, eine Umdeutung nur zulässig, wenn die Geltung des Ersatzgeschäfts deren hypothetischem Willen entspricht, was wegen der weniger weit gehenden Belastung angenommen werden kann. Dieser Umstand allein kann es aber nicht rechtfertigen, daß dem anderen Teil unbeschadet seiner Bösgläubigkeit durch Umdeutung des erkanntermaßen nichtigen Geschäfts zu einem Vorteil verholphen wird.

Hält man demgegenüber eine Umdeutung für ausgeschlossen, auch wenn anzunehmen ist, daß der gutgläubige Aussteller bei Kenntnis der Nichtigkeit des eigenen Wechsels ein Schuldversprechen gegeben hätte, so bleibt der eigene Wechsel nichtig. In diesem Falle steht der Aussteller besser, als wenn der Nehmer die Nichtigkeit ebenfalls nicht gekannt hätte. Die Bösgläubigkeit des einen Teils verhilft somit letztlich dem gutgläubigen zu einem nicht zu erwartenden Vorteil, den er nicht haben würde, wenn der andere Teil auch gutgläubig gewesen wäre. Dies könnte ebenfalls als unbillig empfunden werden.

Dennoch entspricht die letztere Lösung eher der Gerechtigkeit, als wenn man auch in diesem Fall eine Umdeutung zulassen würde. Denn dann würde dem bösgläubigen Teil durch die Umdeutung ein Vorteil gewährt, den er aufgrund seiner Bösgläubigkeit nach § 140 BGB nicht verdient. Der bösgläubige Teil mußte aufgrund seiner Kenntnis von der Nichtigkeit von vornherein damit rechnen, daß das Geschäft endgültig nichtig bleiben würde und auch nicht in umgedeuteter Form Bestand haben werde. Der Nehmer eines eigenen Wechsels, der vom Fehlen des Wechsleessentials und damit von der Nichtigkeit des Wechsels Kenntnis hatte, konnte und mußte die endgültige Unwirksamkeit des Geschäfts somit einkalkulieren. Im Übrigen hätte es an ihm gelegen, die notwendigen Wechselmodalitäten herzustellen. Bei dieser Sachlage erscheint es als besser und interessengerechter, dem gutgläubigen Teil einen zusätzlichen Vorteil zu gewähren und dem bösgläubigen Teil einen Nachteil aufzuerlegen, den er von vornherein erwarten mußte. Die Ansicht, wonach bei einseitiger

Kenntnis der Nichtigkeit die Umdeutung grundsätzlich möglich bleibt und lediglich bei der Ermittlung des Willens allein auf die Vorstellungen des gutgläubigen Teils abzustellen sei, und die Meinung, wonach sich der bösgläubige Teil an seinen erklärten Willen gem. § 116 BGB analog binden lassen müsse, es im Übrigen aber bei den Voraussetzungen des § 140 BGB uneingeschränkt verbleibt, sind deshalb zu starr und führen zu ungerechten Ergebnissen, wenn die Umdeutung dem bösgläubigen Teil zum Vorteil, dem gutgläubigen Teil aber zum Nachteil gereichen würde. In diesem Fall können unsachgemäße Ergebnisse nur dann vermieden werden, wenn nicht nur allein auf die Willensrichtung des gutgläubigen Teils abgestellt und der hypothetische Wille des bösgläubigen Teils unberücksichtigt gelassen wird, sondern darüberhinaus der gutgläubigen Partei das Recht zugestanden wird, den anderen Teil an dessen Bösgläubigkeit festzuhalten, um sich auf diese Weise von dem Vereinbarten ganz zu lösen und es bei der Nichtigkeit insgesamt zu belassen. Dieses Recht ist dem gutgläubigen Teil einzuräumen, um zu verhindern, daß der bösgläubige Teil trotz seiner Kenntnis von der Nichtigkeit gegenüber dem gutgläubigen Teil das Geschäft in umgedeuteter Form durchsetzen kann, wenn der gutgläubige Teil kein Interesse an der Aufrechterhaltung des nichtigen Geschäfts hat.

Die Einräumung eines Wahlrechts zugunsten des gutgläubigen Teils, das Geschäft in umgedeuteter Form bestehen oder aber es bei dessen Nichtigkeit insgesamt zu belassen, entspricht im Ergebnis weitgehend der Ansicht Sillers.¹⁾ Grundlage seiner Ansicht ist jedoch, daß § 140 BGB nur dann eingreift, wenn sich die Parteien auf diese Vorschriften berufen²⁾, was der ganz herrschenden Meinung³⁾ widerspricht. Von seinem Ansatz her konsequent will Siller dementsprechend dem gutgläubigen Teil ein Wahlrecht nicht erst (zusätzlich) einräumen, sondern lediglich dem bösgläubigen Teil verbieten, sich auf die Konversion zu berufen.⁴⁾ Damit liegt nach Siller die Konversion allein in der Hand des

1) Siller, AcP 138, 144, 159; dazu

2) Siller, AcP 138, 144, 185ff und 157.

3) dazu im einzelnen u. S. 380ff, 381 Fn. 3.

4) Siller, AcP 138, 144, 159.

gutgläubigen Teils. Der Ansicht Sillers, die zu sachgemäßen Ergebnissen führt, könnte aber nur gefolgt werden, wenn die Anwendbarkeit des § 140 BGB davon abhängig wäre, daß sich eine der Parteien auf diese Vorschrift beruft. Diese Frage wird an späterer Stelle noch zu erörtern sein.¹⁾ Die hier vertretene modifizierte Lösung hat jedoch einen Nachteil der nicht unberücksichtigt bleiben kann: Durch die Einräumung des Rechts zugunsten des gutgläubigen Teils, über die Geltung des Geschäfts in umgedeuteter Form zu entscheiden, kann bis zu dessen Ausübung Unsicherheit über die Geltung des Ersatzgeschäftes entstehen. Diese Unsicherheit könnte jedoch in einer für den bösgläubigen Teil erträglichen Weise abgemildert werden, wenn für die Erklärung des gutgläubigen Teils, ob er das Geschäft in umgedeuteter Form bestehen lassen wolle oder nicht, die Vorschriften über die Anfechtungserklärung und Anfechtungsfrist gem. §§ 121, 143 BGB in entsprechender Anwendung ab Kenntnis von der Bösgläubigkeit des anderen Teils herangezogen werden.

Ergebnis

Haben die Beteiligten die Nichtigkeit des Geschäfts gekannt, so ist eine Umdeutung ausgeschlossen. Hat nur eine Partei von der Nichtigkeit gewußt, die andere hingegen auf die Wirksamkeit vertraut, so ist eine Umdeutung möglich. Für die Ermittlung des hypothetischen Willens ist jedoch von der Kenntnis der Nichtigkeit des bösgläubigen Teils zu abstrahieren und der hypothetische Wille des gutgläubigen Teils in den Vordergrund zu stellen. Der gutgläubige Teil hat darüberhinaus das Recht, den anderen Teil an dessen Bösgläubigkeit festzuhalten und sich von dem Vereinbarten ganz zu lösen, um es bei der Nichtigkeit des Geschäfts zu belassen. Die Erklärung des gutgläubigen Teils hat in entsprechender Anwendung des § 121 Abs. 1 BGB unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis der Bösgläubigkeit des anderen Teils zu erfolgen. Für die Erklärung selbst gilt § 143 BGB entsprechend.

1) dazu u. S. 380ff.

7. Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen für den Fall der Nichtigkeit

Denken die Vertragspartner an die Möglichkeit, daß das Geschäft ganz oder teilweise ungültig sein könnte, so werden sie häufig versuchen, die befürchteten Nichtigkeitsfolgen durch eine zusätzliche Vereinbarung abzuwenden oder doch abzumildern.

a) Konversionsklauseln

Die Parteien können für den Fall der Nichtigkeit des Hauptgeschäftes Vorsorge tragen, indem sie vereinbaren, welche Regelung an Stelle des nichtigen Rechtsgeschäfts ggf. gelten soll (sog. Konversionsklausel).¹⁾ Die Wirksamkeit des Ersatzgeschäftes ist in einem solchen Falle durch die Nichtigkeit des Hauptgeschäftes bedingt.²⁾ Die Ersatzregelung gilt, weil sie von den Parteien für den Fall der Nichtigkeit des Hauptgeschäftes wirklich gewollt ist³⁾ und nicht etwa, weil nur anzunehmen wäre, daß deren Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Einer Umdeutung bedarf es deshalb nicht.

Für das vereinbarte Ersatzgeschäft findet § 140 BGB keine Anwendung. Die Voraussetzung und Grenzen dieser Vorschrift müssen nicht eingehalten sein. Insbes. kann das vereinbarte Ersatzgeschäft jeden beliebigen Inhalt haben, ohne daß es durch das Hauptgeschäft oder durch dessen rechtliche und wirtschaftliche Zielrichtung begrenzt oder inhaltlich bestimmt würde.⁴⁾ So kann die Ersatzregelung z.B. einen weitergehenden Inhalt haben als das in erster Linie gewollte (nichtige) Hauptgeschäft. Die Bezeichnung "Konversionsklausel" ist deshalb ebenso irre-

1) Flume, AT II, § 32, 9 d, S. 595; Gernhuber, Bürgerliches Recht, S. 50; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 6; Erman-Brox § 140 Rdn. 5.

2) Gernhuber a.a.O.; Flume a.a.O.; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7.

3) Fischer, FS Wach, S. 179, 196; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 100.

4) Ähnlich Reinicke, Rechtsfolgen, S. 99; Erman-Brox § 140 Rdn. 5.

führend wie diejenige Mayer-Malys¹⁾, wonach es sich um eine "rechtsgeschäftlich angeordnete Umdeutung" handle. Diese Formulierungen bringen den Charakter der Ersatzvereinbarung als ein i.S.d. §§ 158ff BGB bedingtes Rechtsgeschäft, dessen Geltung sich nicht nach § 140 BGB richtet, nicht deutlich genug zum Ausdruck.

Neben einer derartigen Konversionsklausel ist die Umdeutung des (nichtigen) Hauptgeschäftes nicht möglich, weil die Konversion durch die Vereinbarung zumindest konkludent ausgeschlossen sein soll: An die Stelle des möglicherweise nichtigen Rechtsgeschäfts soll nach den getroffenen Vereinbarungen die Ersatzregelung treten und nicht das andere Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB. Über diesen eindeutig einer Umdeutung entgegenstehenden Willen darf sich der Richter nicht hinwegsetzen.²⁾

Genauso, wie die Parteien eine Ersatzvereinbarung für den Fall der Nichtigkeit des Hauptgeschäftes treffen können, können sie ausdrücklich vertraglich bestimmen, daß es im Falle der Nichtigkeit bei der Ungültigkeit des Geschäfts verbleiben und den Vereinbarungen auch nicht im Wege der Umdeutung zum Erfolg verholpen werden soll. Die Zulässigkeit einer solchen Abrede, die man als negative Konversionsklausel bezeichnen könnte, ist unproblematisch. Durch die ausdrückliche Vereinbarung des Umdeutungsverbots haben sich die Parteien für die ggf. endgültige Nichtigkeit des Vereinbarten entschieden. Diesen Willen der Parteien muß der Richter respektieren.³⁾

Ist dagegen auch das hilfsweise gewollte Ersatzgeschäft nichtig, so findet § 140 BGB auf das nichtige bedingte Geschäft uneingeschränkt Anwendung. Schwierigkeiten können sich aber ergeben, wenn in einem solchen Falle sowohl das Ersatzgeschäft als auch das Hauptgeschäft für sich allein genommen den Erfordernissen jeweils eines anderen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB entsprechen. Es fragt sich dann, welches Ersatzgeschäft gem. § 140 BGB Geltung finden kann.

1) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 6.

2) i.E. ebenso Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 10.

3) i.E. ebenso Erman-Brox § 140 Rdn. 5 a.E.; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 16.

Angenommen, die Parteien veräußern aufgrund eines privatschriftlichen Vertrages ein Grundstück, auf dem ein Mietshaus steht, und vereinbaren zusätzlich, daß im Falle der Nichtigkeit dem Erwerber jedenfalls das Wohnungseigentum an der Wohnung im Erdgeschoß eingeräumt werden soll. Beide Geschäfte sind gem. §§ 313, 125 BGB und § 4 Abs. 3 WEG nichtig. Während der erste Vertrag auf die Überlassung der vollen Nutznießung des Hausgrundstücks gerichtet war, wollten die Parteien mit der Hilfsregelung jedenfalls, was unterstellt wird, dem Erwerber ein lebenslanges Wohnrecht in dem Hause sichern. Geht man weiter davon aus, daß beide Geschäfte für sich allein genommen hätten umgedeutet werden können, und zwar das Hauptgeschäft in einen Nießbrauchsvertrag an dem Grundstück¹⁾, das Hilfsgeschäft in die Gewährung eines Dauerwohnrechts i.S.d. §§ 31ff WEG²⁾, so stellt sich die Frage, ob und ggf. welches Geschäft letztlich im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden kann.

Für die Aufrechterhaltung des Hauptgeschäftes als Nießbrauch am gesamten Grundstück spricht, daß dies dem weitergehenden Geschäft am nächsten kommt, und der Erwerber in diesem Falle auch das Recht hätte, die Wohnung in der ersten Etage selbst zu nutzen. Dagegen spricht aber, daß die Parteien für den Fall der Nichtigkeit des weitergehenden Hauptgeschäftes eine andere Regelung getroffen hatten. Nach ihrer Vorstellung war, wenn nicht das Hauptgeschäft, so doch jedenfalls das Ersatzgeschäft wirksam. Und im Falle der Nichtigkeit wollten sie sich mit den Wirkungen des hilfsweise gewollten Geschäfts zufriedengeben. Diesen Willen der Parteien, mag er auch aus objektiver Sicht unvernünftig erscheinen, hat der Richter zu respektieren, auch wenn das Ersatzgeschäft selbst unwirksam ist. Gegen die Aufrechterhaltung des Hauptgeschäftes spricht auch, daß der Erwerber dann besser und der Veräußerer schlechter stehen würden, als wenn das Ersatzgeschäft wirksam gewesen wäre. In dem letzteren Falle hätte der Erwerber lediglich das Wohnungseigentum erhalten, das wirtschaftlich weit weniger bedeutet als das Nießbrauchsrecht an dem gesamten Grundstück einschließlich aller Wohnungen. Eine solche

1) vgl. z.B. RG JW 1937, 3153 und RGZ 110, 391ff.

2) vgl. BGH NJW 1963, 339ff; mit Anm. v. H. Westermann in JZ 1963, 368f.

erhöhte Belastung aufgrund der Nichtigkeit des Ersatzgeschäftes, die also weitergeht, als wenn das Ersatzgeschäft wirksam gewesen wäre, ist dem Veräußerer nicht zuzumuten.

Wenn im umgekehrten Falle das Ersatzgeschäft weitergehende Folgen hat als das Hauptgeschäft, was bei vereinbarten Ersatzregelungen unbedenklich zulässig ist¹⁾, so erscheint es ebenfalls als unbefriedigend, wenn im Falle der Doppelnichtigkeit das Hauptgeschäft umgedeutet werden könnte. Denn auch in diesem Falle sind die Parteien bei ihren Vereinbarungen davon ausgegangen, daß bei der Nichtigkeit der Hauptvereinbarung die (weitergehende) Ersatzvereinbarung gelten sollte und würde. Wenn nun die letztere ebenfalls nichtig ist, entspricht es dem Parteiwillen am besten, wenn die letztere umgedeutet wird als diejenige Regelung, von der die Parteien nach ihren Vorstellungen als der letztlich jedenfalls gültigen ausgingen.

b) Salvatorische Klauseln

Insbesondere in umfangreicheren Verträgen werden oftmals Klauseln eingefügt, mit denen etwaige Nichtigkeitsfolgen möglichst abgewendet oder abgemildert werden sollen (sog. salvatorische Klauseln).²⁾ Um z.B. der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB zu entgehen, wird häufig vereinbart, daß im Falle der Teilnichtigkeit das wirksame Rechtsgeschäft bestehen bleiben soll.³⁾ Häufig beschränken sich die Klauseln aber nicht darauf, die wirksame Restregelung zu retten, sondern gehen darüber hinaus, indem sie anordnen, daß die nichtige Bestimmung selbst durch eine wirksame, die der nichtigen möglichst nahe kommt, zu ersetzen sei bzw. die sinngemäße gültige Bestimmung anstelle der nichtigen als vereinbart gelte. Es fragt sich, welchen Einfluß eine derartige Klausel auf die Voraussetzungen des § 140 BGB haben kann.

1) dazu o. S. 264.

2) vgl. H. Westermann, FS Möhring, S. 135ff; Kohler, DNotZ 1961, 195ff ("Teilwirksamkeitsklauseln"); Medicus, AT, Rdn. 510 und 512.

3) vgl. im einzelnen Mayer-Maly, FS Flume I, S. 621; Flume, AT II, § 32, 3, S. 575f.

Im Unterschied zu den oben¹⁾ angesprochenen Konversionsklauseln ist bei diesen salvatorischen Klauseln der Inhalt der Ersatzregelung selbst, die im Falle der Nichtigkeit gelten soll, noch nicht im einzelnen festgelegt. Es wird lediglich angeordnet, daß eine nichtige Klausel durch eine wirksame zu ersetzen ist, die der nichtigen Bestimmung möglichst nahe kommt. Es wird somit lediglich ein Kriterium gegeben, nach dem der Inhalt der Ersatzvereinbarung zu bestimmen ist. Hierin kann aber noch nicht die Vereinbarung der Ersatzregelung selbst gesehen werden. Denn die Klausel ist insoweit inhaltlich zu unbestimmt.²⁾ Erfüllt die salvatorische Klausel dagegen die Voraussetzungen eines Vorvertrages zum Abschluß eines anderen Geschäfts³⁾, das im Falle der Nichtigkeit an die Stelle des Hauptgeschäfts treten soll, so ist die Klausel als Konversionsklausel zu behandeln, die die Umdeutung des Hauptgeschäfts ausschließt.⁴⁾ Kommt der betreffenden salvatorischen Klausel aber nicht die Qualität eines Vorvertrages zu, insbes. weil durch sie das Hauptgeschäft noch nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist, so stellt sich die Frage, welchen Einfluß sie auf die Voraussetzungen der Umdeutung nach § 140 BGB haben kann.

Auf die Anwendbarkeit des § 140 BGB und die objektiven Voraussetzungen, nämlich die Frage, ob die nichtige Bestimmung den Erfordernissen einer anderen entspricht, kann die salvatorische Klausel keinen Einfluß haben. Denn § 140 BGB ist, was noch zu erörtern sein wird⁵⁾, von Amts wegen anzuwenden. Eines ausdrücklichen Umdeutungswunsches bedarf es deshalb nicht. In der betreffenden Klausel wird lediglich der Gedanke des § 140 BGB,

1) s. S. 264.

2) a.A.: H. Westermann, FS Möhring, S. 135, 146f, wonach der Vertrag als Ganzes in aller Regel hinreichende Maßstäbe gebe; zur Notwendigkeit eindeutiger Bestimmbarkeit der Leistungen vgl. Kronke, AcP 183, 113, 133ff; Palandt-Heinrichs § 241 Anm. 2, b; mit Hinweis auf RGZ 85, 291 und BGHZ 55, 250.

3) zur Abgrenzung vgl. H. Westermann, FS Möhring, S. 135, 144f m.w.N.; über die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit eines Vorvertrages vgl. insbes. Henrich S. 119ff.

4) dazu vgl. o. S. 264ff.

5) dazu vgl. u. S. 380ff.

nämlich nichtige Vereinbarungen möglichst aufrechtzuerhalten, wiederholt. Die Umdeutungsvoraussetzungen können aber auf diese Weise nicht umgangen werden. Dagegen kann eine salvatorische Klausel für die subjektiven Voraussetzungen der Umdeutung von gewisser Bedeutung sein. Denn hierdurch bringen die Parteien zum Ausdruck, daß sie an Stelle einer nichtigen Regelung eine ersatzweise andere wollen, die der nichtigen möglichst nahekommt. Entspricht das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen, so kommt der Klausel eine gewisse Indizwirkung dahin zu, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit die andere Regelung mit gleichen oder ähnlichen wirtschaftlichen Wirkungen gewollt haben würden. So hat das BAG¹⁾ eine Vereinbarung, daß eine unwirksame fristlose Kündigung als fristgemäße zum nächst zulässigen Kündigungstermin gelte, dahin ausgelegt, daß damit zwar nicht mit der ausgesprochenen fristlosen Kündigung jeweils vorsorglich als weiteres, bedingtes Rechtsgeschäft eine fristgemäße ausgesprochen sei. Die Klausel, heißt es in der Entscheidung zu Recht weiter²⁾, sei jedoch geeignet, "die sonst regelmäßig auftretenden Zweifel darüber zu beseitigen, ob die Voraussetzungen für die Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche vorliegen".

8. Bedingte Rechtsgeschäfte bei Ausfall der Bedingung

Haben die Parteien ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen und fällt diese aus, so kann sich die Frage ergeben, ob das vorgenommene, wegen Ausfalls der Vertragsbedingungen aber unwirksame Rechtsgeschäft in ein anderes umgedeutet werden kann, wenn das Geschäft den Erfordernissen eines anderen entspricht und die beabsichtigten wirtschaftlichen Ziele durch das umgedeutete Geschäft ganz oder teilweise hätten erreicht werden können.

1) BAG NJW 1976, 2366f = DB 1976, 2163f.

2) BAG NJW 1976, 2366, 2367 = DB 1976, 2163, 2164.

a) Bedingungen gem. §§ 158ff BGB

Der BGH¹⁾ hatte in diesem Zusammenhang folgenden Fall zu entscheiden: Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag über eine bestimmte (Teil-)Bodenfläche, um auf diese Weise für ein geplantes Bauvorhaben die bauordnungsrechtlich erforderlichen Abstellplätze für Kraftfahrzeuge zu beschaffen. Dabei vereinbarten sie, daß der Kaufvertrag nur bei Erteilung der notwendigen Teilungsgenehmigung zustandekommen solle. Die Genehmigung wurde verweigert.

Das Berufungsgericht deutete den Vertrag in die Bestellung einer Grunddienstbarkeit an der Teilfläche um. Der BGH hat eine solche Umdeutung abgelehnt. Der hypothetische Wille könne nicht ermittelt werden, heißt es in der Entscheidung²⁾, "da die Parteien ihren wirklichen Willen eindeutig dahin erklärt haben, daß der Kaufvertrag nur bei Erteilung der Teilungsgenehmigung zustande kommen soll ... Der vorliegende Fall ist somit nicht dadurch gekennzeichnet, daß die Parteien die Unwirksamkeit des Vertrages bei Ausfall der von ihnen gesetzten Bedingung nicht erkannt hätten, als vielmehr dadurch, daß sie den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg, nämlich die Beschaffung der ... Abstellplätze, ausdrücklich nur durch Kauf und Übereignung des dazu erforderlichen Grund und Bodens gewollt haben und eine mögliche zweckentsprechende andere Lösung ausdrücklich ausgeschieden haben ... Daß (bei dem Partner) der ... mit dem Kauf der Teilfläche angestrebte wirtschaftliche Erfolg bekannt war, daß ferner beide Parteien eine zweckentsprechende andere Lösung nicht erkannt haben, bei deren Kenntnis für den Fall der Verweigerung der Teilungsgenehmigung aber die andere Lösung gewollt hätten, ist unerheblich. Diese Feststellungen rechtfertigen keine Umdeutung ... Gegen den erklärten Willen der Parteien kann kein Rechtsgeschäft umgedeutet werden ..., und zwar auch dann nicht, wenn der Wille beider Parteien über den erklärten, auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichteten Willen hinaus aufgrund der vom Richter er-

1) BGH NJW 1971, 420f = LM Nr. 8 zu § 140 BGB = MDR 1971, 202.

2) BGH NJW 1971, 420.

mittelten, vernünftigen wirtschaftlichen Überlegungen auf einen bestimmten weiteren Zweck hin gerichtet ist". Der BGH lehnt also letztlich die Umdeutung ab, da in der Vereinbarung der Bedingungen die Erklärung eines gegen die Aufrechterhaltung des bedingten Geschäfts im Wege der Umdeutung gerichteten Willens liege.

Die Entscheidung hat in der Rechtslehre teils Zustimmung, teils Ablehnung¹⁾ gefunden. Bürck²⁾ ist der Ansicht, wenn die Parteien keine andere als die vorgenommene rechtliche Gestaltungsmöglichkeit erwogen hätten, aber auch keine besonderen Anzeichen dafür sprächen, daß sie bewußt gerade die Rechtsfolgen des ursprünglichen Geschäfts als einziges Mittel der rechtlichen Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Beziehungen betrachtet haben, was allein aufgrund der Vereinbarung der Bedingung nicht anzunehmen sei, so müsse die Priorität der wirtschaftlich erstrebten Ziele auch rechtlich berücksichtigt werden. Die Annahme, daß die Parteien bei Nichteintritt der Bedingung überhaupt nicht mehr rechtlich verbunden sein sollten, widerspricht zumindest wirtschaftlichem Denken.³⁾ Über die bloße Vereinbarung der Bedingung hinaus müßten vielmehr Indizien für die "Eindeutigkeit" des einer Konversion entgegenstehenden Willens vorhanden sein, "etwa ein Interesse ... an der mit dem Eigentumserwerb verbundenen Verfügungsgewalt über die Bodenfläche ...".⁴⁾ An anderer Stelle⁵⁾ präzisiert Bürck seine Ansicht noch näher und meint⁶⁾, die Umdeutung des bedingten Kaufvertrages sei ausgeschlossen gewesen, wenn "die Parteien die verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sorgfältig abgewogen und schließ-

1) zustimmend Flume, AT II, § 32, 9 d, S. 595f; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 7; Krampe, Konversion, S. 284; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 11; E. Wolf, AT, S. 469; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 22; a.A. insbes. Bürck, JuS 1971, 574f; kritisch auch Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2, b; im einzelnen vgl. weiter im Text.

2) Bürck, JuS 1971, 571, 574, 575.

3) Bürck, JuS 1971, 571, 575.

4) Bürck a.a.O.

5) Bürck, SchlHA 1973, 37ff.

6) Bürck, SchlHA 1973, 37, 40, 41.

lich die Übereignung als einzige ihnen passende Form gewählt haben". Eine Umdeutung sei dagegen möglich, wenn die Partner "als selbstverständlich davon ausgegangen sind, die Genehmigung werde erteilt, (so) daß sie deshalb gar keine andere rechtliche Gestaltungsform ins Auge gefaßt" haben.¹⁾ Auch Larenz²⁾ hält die Umdeutung eines bedingten Rechtsgeschäfts bei Ausfall der Bedingungen grundsätzlich wohl für zulässig. Ob die Parteien in dem angesprochenen Fall durch die Vereinbarung der Bedingung der von ihnen gewählten Rechtsform ein besonderes Gewicht beigemessen und ihren Willen zu erkennen gegeben haben, den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg "nur gerade im Wege eines Kaufs zu erreichen"³⁾, was nach Ansicht von Larenz eine Umdeutung ausgeschlossen hätte, könne aber wegen des unzureichend mitgeteilten Sachverhalts nicht beantwortet werden. Auch Larenz ist somit der Ansicht, daß die Vereinbarung der Bedingung allein einer Konversion nicht entgegenstehe. Flume⁴⁾ stimmt der Entscheidung des BGH zu, weil Eigentum und Grunddienstbarkeit grundsätzlich verschieden seien. Bezugnehmend auf die Urteilsgründe führt er weiter aus⁵⁾: Wenn die Parteien den wirtschaftlichen Erfolg "nur durch Kauf und Übereignung ... gewollt haben und eine ... andere Lösung ausdrücklich ausgeschieden haben", so sei diese andere Lösung eben nach dem Willen der Parteien nicht in dem Geschäft enthalten gewesen.

Die Argumentation Flumes überzeugt zunächst nicht. Denn daß die Parteien eine andere als die ins Auge gefaßte Lösung "ausdrücklich ausgeschieden haben", ergab sich nach der Entscheidung, auf die sich Flume in seiner Argumentation bezieht, gerade als Schlußfolgerung daraus, daß die Parteien den Kaufvertrag unter die aufschiebende Bedingung gestellt hatten. Zu der entscheidenden Frage, ob nämlich diese Schlußfolgerung berechtigt ist, enthält die Argumentation Flumes dagegen nichts. Dennoch

1) Bürck, SchlHA 1973, 37, 40.

2) Larenz, AT, § 23 III, S. 458, insbes. Fn. 42.

3) Larenz a.a.O.

4) Flume, AT II, § 32, 9 d, S. 595f.

5) Flume, AT II, § 32, 9 d, S. 596.

hat der BGH zu Recht die Umdeutung abgelehnt. Haben die Parteien ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so haben sie damit durch Rechtsgeschäft die Geltung des bedingten Geschäfts vom Eintritt des betreffenden zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht. Nach dem Sinn der aufschiebenden Bedingung geht es den Parteien gerade darum, die Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts noch nicht endgültig eintreten zu lassen, sondern dies gerade vom Eintritt oder Ausfall der Bedingung abhängig zu machen.¹⁾ Tritt die Bedingung ein, so gilt das bedingte Geschäft, § 158 Abs. 1 BGB. Fällt die Bedingung aus, so ist das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft "ohne jede Wirkung".²⁾ Deshalb mußte jede Partei bei Abschluß des Vertrages damit rechnen, daß das betreffende Ereignis, eben, weil dessen Eintritt bei Abschluß des Vertrages ungewiß war, nicht eintreten und damit die getroffene (bedingte) Vereinbarung hinfällig würde. Fällt die Bedingung aus und ist das Hauptgeschäft deshalb ohne Wirkung, so tritt lediglich eine von den Parteien für diesen Fall konkret gesehene und gewollte Rechtsfolge ein. Nach dem Sinn der Bedingung ist das Rechtsgeschäft bei dem Ausfall ohne Wirkung, gerade weil die Parteien dies für diesen Fall gewollt haben. Es kann deshalb nicht angenommen werden, daß die Parteien bei Ausfall der Bedingung etwas anderes gewollt haben würden. Der wirkliche Wille steht vielmehr dem hypothetischen Willen gem. § 140 BGB entgegen und schließt eine Umdeutung aus.

Auch kann man nicht sagen, daß die Parteien keine Kenntnis von der Nichtigkeit des umzudeutenden bedingten Rechtsgeschäfts gehabt haben, sondern glaubten, mit dem vorgenommenen Geschäft bereits eine endgültige, rechtsverbindliche Regelung getroffen zu haben, was Voraussetzung der Umdeutung ist.³⁾ Denn sie mußten jedenfalls damit rechnen, daß das zukünftige ungewisse Ereignis, von dessen Eintritt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht sein sollte, nicht eintreten würde. Wenn die Parteien "wie selbstverständlich davon ausgegangen sind", daß

1) vgl. zur Bedingung im einzelnen insbes. Flume, AT II, § 38, S. 677ff.

2) Flume, AT II, § 38, 2 a, S. 682.

3) dazu o. S. 254ff.

das Ereignis eintreten würde, wie Bürck es zur Voraussetzung der Umdeutung macht¹⁾, so kann dies nichts daran ändern, daß der Eintritt des zukünftigen Ereignisses eben doch noch ungewiß war, so daß die Parteien mit dem Ausfall der Bedingung und damit mit der Wirkungslosigkeit des Geschäfts jedenfalls rechnen mußten.

Aus dem gleichen Grunde sind die Parteien auch nicht schutzwürdig. Durch die Vereinbarung der Bedingung haben sie bewußt die inhaltliche Unwirksamkeit des bedingten Geschäfts als mögliche Rechtsfolge in Kauf genommen. An dieser Konsequenz ihrer Vereinbarungen müssen sie festgehalten werden können.

Das gleiche gilt, wenn die Parteien das Rechtsgeschäft unter eine auflösende Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 2 BGB gestellt haben. Tritt die auflösende Bedingung ein, so endet die Wirkung des Rechtsgeschäfts, gerade weil die Parteien dies für den Fall des Bedingungseintritts gewollt haben. Die Möglichkeit, das Geschäft im Wege der Umdeutung als ein anderes doch weiter aufrechtzuerhalten, verbietet sich daher. Im Falle der auflösenden Bedingung bestimmt § 158 Abs. 2, 2. HS BGB sogar ausdrücklich, daß mit diesem Zeitpunkt der frühere Rechtszustand - und zwar *ex nunc*²⁾ - wieder eintritt. Diese Regelung, die dem Willen der Parteien entspricht, darf durch § 140 BGB nicht durchkreuzt werden.

Die obigen Erwägungen gelten selbstverständlich nicht, wenn das bedingte Rechtsgeschäft nicht wegen Ausfalls der Bedingungen, sondern aus einem anderen Grunde - etwa weil es formwidrig abgeschlossen worden ist oder es an einem sonstigen Nichtigkeitsgrund leidet - unwirksam ist. Hier steht einer Umdeutung nichts im Wege.

1) Bürck, SchlHA 1973, 37, 40; vgl. o. S.

2) vgl. Flume, AT II, § 40, 2 d, S. 728.

b) Rechtsbedingungen

Von der rechtsgeschäftlichen (echten) Bedingung i.S.d. §§ 158ff BGB werden die sog. Rechtsbedingungen¹⁾ unterschieden. Es handelt sich bei den letzteren um Voraussetzungen, die das Gesetz an das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts stellt. Haben die Parteien die Wirksamkeit eines Geschäfts von einer solchen Rechtsbedingung abhängig gemacht, und fällt diese aus, so kann sich die Frage stellen, ob ein solches Geschäft gem. § 140 BGB umgedeutet werden kann, oder ob dem ähnliche Bedenken wie bei der rechtsgeschäftlichen Bedingung i.S.d. §§ 158ff BGB entgegenstehen.

Angenommen, die Parteien veräußern ein landwirtschaftliches Grundstück i.S.d. § 1 GrdstVG und vereinbaren, daß der Kaufvertrag nur dann wirksam werden soll, wenn die gem. § 2 GrdstVG erforderliche Genehmigung erteilt wird.²⁾ Die Genehmigung wird versagt. Ein (langfristiger) Pachtvertrag³⁾ oder aber ein nur schuldrechtlich - ohne Verpflichtung zur Eintragung ins Grundbuch (vgl. § 2 Abs. 2 Ziff. 3 GrdstVG) - vereinbarter Nießbrauch⁴⁾ wären dagegen nicht genehmigungsbedürftig gewesen. Es kann sich somit die Frage stellen, ob das genehmigungsbedürftige Verfügungsgeschäft gem. § 140 BGB bei Ausfall der Rechtsbedingung als genehmigungsfrei möglicher schuldrechtlicher Nießbrauchsvertrag aufrechterhalten werden kann, oder ob auch in diesem Falle die Vereinbarung der (Rechts-)Bedingung einer Konversion entgegensteht.

Die Parteien haben im Falle einer Rechtsbedingung den Vertrag von etwas abhängig gemacht, was ohnehin von Rechts wegen not-

1) vgl. Flume, AT II, § 38, 1 d, S. 680; Oertmann, Rechtsbedingung, S. 1ff, 6ff; Dießelhorst, AcP 177, 373ff.

2) zum Charakter der Genehmigung nach § 2 GrdstVG als Rechtsbedingung vgl. Palandt-Heinrich § 275 Anm. 9 a.

3) bei Pachtverträgen kann lediglich eine Anzeigepflicht gem. § 3 LPG begründet sein, vgl. Pikalo/Bendel, GrdstVG, § 2 D III 2 b, S. 239.

4) vgl. R. Lange, GrdstVG, § 2 Anm. 25, S. 122; K. Haegeler, Beschränkungen im Grundstückverkehr, Rdn. 224; Pikalo/Bendel, GrdstVG, § 2 F V 2 c aa, S. 348, insbes. Fn. 259.

wendige Voraussetzung der Durchführbarkeit und Wirksamkeit des Kaufvertrages war. Weil in einem solchen Falle nicht die privatautonome Bestimmung, die ja nur die gesetzliche Regelung wiederholt, sondern das Gesetz selbst über die Wirksamkeit des Geschäfts entscheidet, finden auf die Rechtsbedingung die §§ 158ff BGB weder direkte noch entsprechende Anwendung.¹⁾ Für die Frage der Umdeutung eines mit einer Rechtsbedingung versehenen Vertrages, wenn diese ausfällt, und insbes. für die Frage des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB, ergibt sich aber eine ganz ähnliche Situation für die Parteien, als wenn es sich um eine echte Bedingung i.S.d. §§ 158ff BGB gehandelt hätte: Auch wenn die Wirkungen des betreffenden Rechtsgeschäfts nicht erst von der Vereinbarung der Rechtsbedingung abhängig sind, sondern vom Gesetz, das das entsprechende Erfordernis aufstellt, so läßt deren (an sich überflüssige) Vereinbarung aber doch Rückschlüsse auf den wirklichen Willen der Beteiligten zu. Denn auch durch die Vereinbarung einer Rechtsbedingung bringen die Parteien zum Ausdruck, daß sie das Geschäft nur wollen, wenn die Rechtsbedingung eintritt. Fällt die Rechtsbedingung aus, so ist die daraus folgende gesetzliche Unwirksamkeit des Geschäfts ein Umstand, den die Parteien bei Abschluß des Geschäfts gesehen haben oder mit dem sie hätten rechnen müssen. Dieser tatsächlich Wille steht einer Umdeutung im Wege. Auch hier gelten deshalb für die Umdeutung die gleichen Erwägungen, als wenn die Parteien eine echte Bedingung i.S.d. § 158ff BGB vereinbart hätten. Dabei ist es für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB gleichgültig, ob die Parteien von dem gesetzlichen Erfordernis und damit von der Qualität ihrer Vereinbarung als Rechtsbedingung wußten, oder ob sie glaubten, eine echte rechtsgeschäftliche Bedingung i.S.d. §§ 158ff BGB zu vereinbaren. Für den tatsächlichen Willen der Parteien, der einer Umdeutung entgegensteht, macht dies keinen Unterschied.

1) allg. Meinung, vgl. insbes. Flume, AT II, § 38, 1 d, S. 680; Egert S. 183ff; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 158, Anm. 2 c; vgl. auch Soergel-Knopp, Vor § 158 Rdn. 7ff; ebenso RGZ 144, 71, 73; OGHZ 3, 250, 253; vgl. BGH WM 1961, 407, 410; DNotZ 1976, 369, 370.

9. Subjektive Voraussetzungen des § 140 BGB im Falle der Teil- und Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, entspricht aber der nichtige Teil den Erfordernissen eines anderen Geschäfts, so kann eine Umdeutung des nichtigen Teils in Frage kommen.¹⁾ Angenommen, die Parteien vereinbaren im Rahmen eines privatschriftlich abgefaßten Auskiesungsvertrages, daß der Unternehmer das Grundstück für die Zeit der Nutzung zu Eigentum übernehmen solle, der andere Teil jedoch verpflichtet sei, das Grundstück sodann zurückzukaufen, so liegt hinsichtlich der gegenseitigen Ankaufsverpflichtungen ein gem. §§ 313, 125 BGB nichtiges Teilrechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB vor. Denkbar wäre es, die nichtigen Ankaufsverpflichtungen in die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an dem Grundstück für die Zeit der Auskiesung umzudeuten, da auf diese (rechtlich zulässige) Weise den wirtschaftlichen Zielen der Parteien weitgehend zum Erfolg verholfen werden könnte. Im subjektiven Tatbestand des § 140 BGB ist dann zu fragen, ob die Parteien das letztere gewollt hätten, wenn sie von der Teilnichtigkeit Kenntnis gehabt hätten. Hierbei sind alle Umstände zu berücksichtigen. Insbes. darf die umgedeutete Teilregelung nicht isoliert ausschließlich im Verhältnis zu der nichtigen Teilregelung gesehen werden. Das Gesamtgeschäft einschließlich des von der Nichtigkeit nicht betroffenen Teils ist in die Betrachtung miteinzubeziehen. Denn die nichtige Regelung war als Teil des Gesamtgeschäftes gewollt. Dementsprechend bildet auch die umgedeutete (Teil-)Regelung, die an die Stelle des nichtigen tritt, nur einen Teil des Gesamtgeschäftes. Das Interesse der Parteien an der Aufrechterhaltung der nichtigen Teilregelung in der Form des umgedeuteten Teilgeschäftes läßt sich demgemäß nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien an dem Gesamtgeschäft beurteilen. In dem Auskiesungsfall mit formwidrig vereinbarter Ankaufsverpflichtung ist also nicht isoliert zu fragen, ob die Parteien an Stelle der Ankaufsverpflichtung

1) Erman-Brox § 140 Rdn. 6; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 19; v. Esch S. 71f; Enneccerus/Nipperdey § 202 V, S. 1223 Fn. 73.

die Verpflichtung zur Übernahme eines Nießbrauchs an dem Grundstück gewollt hätten, sondern ob sie diese Regelung im Rahmen des gesamten Auskiesungsvertrages gewollt hätten.

Ist dies nicht der Fall, so entscheidet über die Gültigkeit des Restvertrages § 139 BGB. Die danach maßgebliche Frage, ob nicht die Parteien das Geschäft auch ohne den nichtigen (und nicht umdeutbaren) Teil gewollt hätten, ist nicht schon etwa dadurch beantwortet, daß der hypothetische Wille hinsichtlich des umgedeuteten Teilgeschäfts nicht festgestellt werden konnte. Denn dabei handelt es sich um unterschiedliche Betrachtungsweisen des Geschäfts.

Kann der nichtige Teil des Geschäfts nicht im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden, und ist das gesamte Geschäft gem. § 139 BGB nichtig, so kann sich die Frage stellen, ob eine Umdeutung des gesamtnichtigen Geschäfts möglich ist. Diese Frage ist umstritten. Das RG¹⁾ hat die Umdeutung eines nach § 139 BGB nichtigen Vertrages mit der Begründung abgelehnt, es könne nicht angenommen werden, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ein anderes Geschäft gewollt haben würden, ohne jedoch näher zum Verhältnis von § 139 und § 140 BGB Stellung zu nehmen. In der Rechtslehre wird die Umdeutung im Falle der Gesamtnichtigkeit z.T. generell abgelehnt²⁾, z.T. weitgehend für zulässig³⁾ angesehen.

Im einzelnen ist zu unterscheiden: Die Umdeutung ist ausgeschlossen, wenn das in Frage kommende Ersatzgeschäft mit dem gültigen Teilgeschäft i.S.d. § 139 BGB identisch ist. In diesem Falle - aber auch nur in diesem - ist die Frage nach dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB mit der Feststellung gem. § 139 BGB, daß nämlich das Geschäft ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen sein würde, bereits beantwortet.⁴⁾ Ist dagegen das in Betracht kommende Ersatzgeschäft nicht mit dem gültigen Restge-

1) RGZ 137, 324, 350.

2) insbes. Krampe, Konversion, S. 285.

3) Fischer, FS Wach, S. 179, 204; Siller, AcP 138, 144, 156; Erman-Brox § 140 Rdn. 6; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 19.

4) ähnlich v. Esch S. 71, 72.

schäft i.S.d. § 139 BGB identisch, so enthält § 140 BGB gegen-
über § 139 BGB eine eigenständige Aussage, so daß eine Umdeutung
als sinnvoll und möglich erscheinen kann. Weitere Voraussetzung
ist jedoch, daß das Ersatzgeschäft in seinen Wirkungen über die
(gültige) Teilregelung hinausgeht. Denn wenn das Ersatzgeschäft
hinter dem (gültigen) Teilgeschäft zurückbleibt, so kann, wenn
das gültige Restgeschäft nicht ohne den nichtigen Teil gewollt
wäre, erst recht nicht angenommen werden, daß die Parteien an
Stelle des gesamtnichtigen Geschäfts ein Ersatzgeschäft mit nur
minderem Inhalt gewollt haben würden. Wegen dieses eng begrenz-
ten Anwendungsbereichs des § 140 BGB im Falle der Gesamtnich-
tigkeit nach § 139 BGB kommt der Umdeutung in diesem Falle eine
geringe praktische Bedeutung zu. Dementsprechend ist ein Bei-
spielsfall hierzu in Rechtsprechung und Rechtslehre, soweit er-
sichtlich, nicht zu finden. Es ist auch kaum denkbar, daß dann,
wenn das nichtige Teilgeschäft kein anderes (Teil-)Rechtsgeschäft
i.S.d. § 140 BGB enthält, das gem. § 139 BGB gesamtnichtige Ge-
schäft aber den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts
entspricht, das über das gültige Teilgeschäft hinausgeht. In
aller Regel wird es deshalb bei einem gem. § 139 BGB gesamt-
nichtigen Rechtsgeschäft bereits an einem Ersatzgeschäft feh-
len. Von vornherein ausgeschlossen ist eine Umdeutung aber
nicht.

Es lassen sich somit folgende Regeln aufstellen:

Entspricht das nichtige Teilgeschäft den Erfordernissen eines
Teil-Ersatzgeschäfts, so ist für die Frage, ob dessen Geltung
gewollt sein würde, auf das Gesamtgeschäft abzustellen. Ist
das Geschäft gem. § 139 BGB insgesamt nichtig, so ist zu unter-
scheiden: Kommt als Ersatzgeschäft nur das von der Nichtigkeit
von vornherein nicht betroffene Teilgeschäft in Betracht, so
fehlt es an dem hypothetischen Willen der Parteien gem. § 140
BGB. Ebenso liegt es, wenn das Ersatzgeschäft in seinen Wir-
kungen hinter dem gültigen Restgeschäft i.S.d. § 139 BGB zu-
rückbleibt. Geht dagegen das für die Umdeutung in Frage kom-
mende Ersatzgeschäft über die Regelung des von der Nichtigkeit
nicht von vornherein betroffenen gültigen Teilgeschäfts hinaus,
so kann § 140 BGB Anwendung finden.

10. Zeitpunkt für die Ermittlung des hypothetischen Willens

Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens ist auf den Zeitpunkt der Vornahme des nichtigen Geschäfts abzustellen. Die Umdeutung erfordert also die Feststellung darüber, was die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei Kenntnis der Nichtigkeit vereinbart hätten. Ob die Parteien dagegen zu einem späteren Zeitpunkt oder sogar noch im Zeitpunkt des Prozesses das Ersatzgeschäft gewollt hätten, oder ob sich das Geschäft für den einen oder anderen Teil im nachhinein als ungünstig herausstellt, ist demgegenüber gänzlich unerheblich. Dies entspricht einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Lehre¹⁾ und ergibt sich als Selbstverständlichkeit, wenn man sich vor Augen hält, daß durch die Umdeutung gem. § 140 BGB nicht ein neues Rechtsgeschäft als Lebenstatbestand geschaffen wird, sondern lediglich die abgegebenen Erklärungen, die so, wie sie vorliegen, als ein nichtiges Rechtsgeschäft im Rechtssinne zu deuten sind, eine andere Deutung erhalten. Dementsprechend bestehen Sinn und Zweck des § 140 BGB darin, den Willen zu verwirklichen, der auf einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist und in der Vornahme des (nichtigen) Geschäfts Ausdruck gefunden hat. Dieser wirtschaftliche Wille ist aber ein Faktum, das im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts vorgelegen hat. Ob die Annahme gerechtfertigt ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit die Geltung des Ersatzgeschäfts gewollt hätten, läßt sich deshalb nur an Hand der Erklärungen, des Willens, der Interessen und der sonstigen Umstände bei Vertragsschluß entscheiden.

Dies gilt auch, wenn die Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts noch nicht endgültig feststeht, also insbes. bei den schwebend unwirksamen, unvollständigen und heilbaren

1) BGH NJW 1980, 2517; BGH NJW 1974, 43, 45; BGHZ 40, 218, 223; BGHZ 19, 269, 273; aus der Rechtslehre vgl. z.B. Fischer, FS Wach, S. 179, 263; Erman-Brox § 140 Rdn. 16; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2, b; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 104.

Geschäften.¹⁾ Auch in diesen Fällen ist somit zu fragen: Hätten die Parteien, die glaubten, mit ihren Erklärungen bereits eine rechtsverbindliche Regelung getroffen zu haben, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Ersatzgeschäft geschlossen, oder hätten sie lieber von dem Geschäft ganz Abstand genommen, wenn sie gewußt hätten, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft, so wie sie es vorgenommen haben, nichtig bzw. unwirksam ist und bleibt?²⁾

Ergebnis zu III: Der Wille der Parteien; subjektive Umdeutungsvoraussetzungen

Nach dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB entscheidet sich nicht mehr, welchen Inhalt das umgedeutete Geschäft hat, sondern allein, ob anzunehmen ist, daß das andere Geschäft, dessen Erfordernissen das nichtige entspricht, bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Ob diese Annahme gerechtfertigt ist, ist letztlich eine rechtliche Wertungsfrage, die an dem Rechtsgeschäft und den konkreten Umständen des Falles zu orientieren ist und die die besonderen Vorstellungen und Absichten der Parteien, die nicht notwendig zum Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärungen geworden sein müssen, zu berücksichtigen hat. Den Ausgangspunkt bietet dabei die Erwägung, wie sich vernünftige, loyale Parteien verhalten hätten. Die Umdeutung darf aber niemals zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen.

Bei der Frage, ob das andere Geschäft gewollt sein würde, ist von der Möglichkeit einer Neuvernahme des Geschäfts in wirksamer Form zu abstrahieren. Die richtige Fragestellung lautet: Hätten die Parteien das Geschäft auch in der Form des anderen Rechtsgeschäfts geschlossen oder hätten sie lieber von dem Geschäft ganz Abstand genommen, wenn sie gewußt hätten, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft nichtig ist und nichtig bleibt?

Wird durch das umgedeutete Geschäft der wirtschaftliche Erfolg, den die Parteien mit dem Geschäft angestrebt haben, voll erreicht, so ist in der Regel die Annahme gerechtfertigt, daß die

1) vgl. dazu im einzelnen o. S. 40ff.

2) ähnlich Reinicke, Rechtsfolgen, S. 104.

Parteien als vernünftig denkende Menschen bei Kenntnis der Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts die Geltung des anderen Geschäfts gewollt haben würden. Ein der Konversion entgegenstehender Wille schließt die Umdeutung aber auch dann aus, wenn das angestrebte wirtschaftliche Ergebnis voll erreicht würde und die Konversion an sich vernünftig wäre. Ein solcher, der Konversion entgegenstehender Wille kann gegeben sein, wenn eine der Parteien besonderen Wert auf eine bestimmte Rechtsform des Geschäfts gelegt hat. Einer Umdeutung steht dies aber nur entgegen, wenn die Abneigung gegen die Rechtsform des umgedeuteten Geschäfts so groß war, daß die betreffende Partei es bei Kenntnis der Nichtigkeit der gewählten Rechtsform lieber bei der Nichtigkeit insgesamt belassen hätte und ganz von dem Geschäft Abstand genommen hätte.

Die wirtschaftlichen Ziele, die die Parteien mit dem nichtigen Rechtsgeschäft verfolgt haben, müssen durch das umgedeutete Geschäft nicht in vollem Umfange erreicht werden. Zur Feststellung des hypothetischen Willens genügt es, wenn der angestrebte Erfolg mindestens so weit erreicht wird, daß anzunehmen ist, daß die Parteien mangels Erreichung des vollen Erfolges wenigstens die teilweise Verwirklichung ihrer Ziele und Zwecke gewollt hätten. Dies gilt auch für die Umdeutung nichtiger wechselrechtlicher Erklärungen.

Verschiebt sich bei einem gegenseitigen Vertrag durch die Umdeutung das Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Leistungen, so ist dies bei der Ermittlung des hypothetischen Willens von besonderer Bedeutung. Es ist zu fragen, ob die durch die Verschiebung benachteiligte Partei das Ersatzgeschäft mit dem verminderten Inhalt bei Festhalten an ihrer eigenen vollen Leistungspflicht gewollt hätte. Dabei gilt die Regel: Je weiter das Äquivalenzverhältnis durch die Umdeutung verschoben wird, desto weniger spricht für die Annahme, daß die benachteiligte Partei das Ersatzgeschäft gewollt haben würde.

Die Umdeutung ist nicht schon allein deshalb ausgeschlossen, weil das andere Geschäft ungebräuchlich und/oder den Parteien unbekannt ist.

Haben die Parteien die Nichtigkeit des Geschäfts gekannt, haben sie also gewußt, daß das Rechtsgeschäft, so wie sie es vorgenommen haben, keine oder noch keine Rechtswirkungen erzeugt, so ist eine Umdeutung ausgeschlossen. Hat nur eine Partei von der Nichtigkeit gewußt, die andere hingegen auf die Wirksamkeit des Geschäfts vertraut, so ist die Umdeutung grundsätzlich möglich. Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens kommt es jedoch allein auf den gutgläubigen Teil an, dem darüberhinaus das Recht zuzugestehen ist, sich durch Erklärung von dem Vereinbarten ganz zu lösen und es bei der Nichtigkeit des Geschäfts zu belassen.

Haben die Parteien für den Fall der Nichtigkeit bestimmt, was an Stelle des nichtigen Geschäfts gelten soll (Konversionsklausel), so ist die Umdeutung des Hauptgeschäfts ausgeschlossen. Die Parteien können auch durch ausdrückliche vertragliche Regelung bestimmen, daß es ggf. bei der Nichtigkeit des Geschäfts endgültig verbleiben solle (negative Konversionsklausel). Eine Umdeutung des Hauptgeschäfts ist auch in diesem Falle ausgeschlossen.

Ist das Ersatzgeschäft, das nach den Parteivereinbarungen an die Stelle des Hauptgeschäftes treten soll, ebenfalls nichtig, so bleibt die Umdeutung des Hauptgeschäfts ausgeschlossen. § 140 BGB kann aber auf das (ebenfalls nichtige) Ersatzgeschäft Anwendung finden, gleichgültig, ob es weitergehende, gleiche oder mindere Wirkungen gegenüber dem Hauptgeschäft haben sollte.

Haben die Parteien vereinbart, daß an der Stelle einer nichtigen Vertragsbestimmung eine solche als vereinbart gilt, die der nichtigen möglichst nahe kommt (salvatorische Klausel), so hat diese Bestimmung lediglich für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB eine gewisse Indizwirkung. Eine Umdeutung ist aber nur möglich, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Umdeutung, insbes. die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB, erfüllt sind. Kommt der salvatorischen Klausel dagegen die Qualität eines Vorvertrages zu, so gelten die Regeln über die Konversionsklauseln.

Ist ein bedingtes Rechtsgeschäft unwirksam, weil die Bedingung ausfällt (aufschiebende Bedingung) bzw. eintritt (auflösende Bedingung), so ist eine Umdeutung ausgeschlossen. Dies gilt auch, wenn die Parteien eine Rechtsbedingung vereinbart haben. Eine Umdeutung ist dagegen möglich, wenn das bedingte Geschäft aus einem anderen Grunde unwirksam ist.

Entspricht der nichtige Teil eines Rechtsgeschäfts i.S.d. § 139 BGB den Erfordernissen eines anderen (Teil)Geschäfts, so ist zur Feststellung des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB auf das Gesamtgeschäft abzustellen. Kann der hypothetische Wille nach § 140 BGB in einem solchen Falle nicht festgestellt werden, so richtet sich die Geltung des von der Nichtigkeit nicht betroffenen Teils nach § 139 BGB. Die Umdeutung eines nach § 139 BGB gesamtnichtigen Geschäfts ist zwar grundsätzlich möglich. Sie kommt jedoch nur in Betracht, wenn das für das gesamtnichtige Geschäft in Frage kommende Ersatzgeschäft über die Regelung des von der Nichtigkeit zunächst nicht betroffenen (gültigen) Teilgeschäfts hinausgeht.

Für die Ermittlung des hypothetischen Willens kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts an. Dies gilt auch bei Geschäften, deren endgültige Unwirksamkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (noch) nicht feststeht.

IV. Einschränkungen der Umdeutung

Sind die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt, so kann dennoch eine Umdeutung aus Gründen ausgeschlossen sein, die außerhalb des Tatbestandes des § 140 BGB liegen.

1. Einschränkungen der Umdeutung durch die die Nichtigkeit begründende Rechtsnorm

Die Umdeutung hat den Sinn, den Willen der Parteien im Einklang mit der Rechtsordnung soweit wie möglich zu verwirklichen.

§ 140 BGB bietet dagegen keine Handhabe, zwingende Gesetznormen zu umgehen und die Ziele der Parteien gegen die Rechtsordnung durchzusetzen. Steht eine Norm der Aufrechterhaltung des Geschäfts entgegen, so ist die Umdeutung auch dann ausgeschlossen, wenn das nichtige Geschäft den Erfordernissen eines anderen entspricht und an sich anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

Ein solches Verbot der Umdeutung kann insbes. die Norm, die die Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts anordnet, enthalten. Die Unwirksamkeit des Geschäfts in der beabsichtigten Form steht zwar einer Umdeutung nicht prinzipiell entgegen, sondern ermöglicht sie. Weiterhin ist es bereits eine Voraussetzung des § 140 BGB, daß die Nichtigkeitsnorm tatbestandlich nicht das in Frage stehende andere Geschäft ergreift, da dies sonst ebenfalls nichtig wäre und eine Umdeutung schon mangels eines wirksamen Ersatzgeschäfts ausscheiden würde. Die beiden gesetzlichen Anordnungen der Nichtigkeitsnorm und des § 140 BGB bilden also keinen Gegensatz, sondern die eine setzt die andere voraus. Die Umdeutung nach § 140 BGB kann aber mit der Nichtigkeitsnorm kollidieren, wenn diese die absolute, d.h. endgültige Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts bewirken soll, wenn also das nichtige Rechtsgeschäft schlechthin ohne Wirkung bleiben und auch nicht in umgedeuteter Form Bestand haben soll.¹⁾

1) Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2573.

So wird allgemein angenommen, daß die Umdeutung mit dem Sinn derjenigen Norm zu vereinbaren sein muß, die die Nichtigkeit anordnet¹⁾, und nicht deren Schutzzweck zuwider laufen dürfe.²⁾ Eine Umdeutung ist demnach ausgeschlossen, wenn sie im Ergebnis etwas ermöglichen würde, was die Nichtigkeitsnorm - sei es ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck - unterbinden will.³⁾

a) Sittenwidrige Geschäfte

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist gem. § 138 BGB nichtig. Es kann sich deshalb die Frage stellen, ob das sittenwidrige Geschäft in ein solches mit sittenkonformem Inhalt umgedeutet werden kann. Hat sich z.B. der Darlehensgeber einen Zinssatz von 40% jährlich versprechen lassen, so ist der Vertrag in der Regel wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig.⁴⁾ Inhaltlich entspricht das wucherische Darlehen den Erfordernissen eines solchen mit einem nicht zu beanstandenden, niedrigeren Zinssatz. Auch ist denkbar, daß der Darlehensgeber den Vertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit des vereinbarten Zinssatzes mit minderer Verzinsung abgeschlossen haben würde. Dies wird dem Darlehensnehmer in aller Regel ebenfalls recht gewesen sein, da er ja sogar bereit war, den höheren Zinssatz zu zahlen. Daß sich bei einer solchen Umdeutung die Rechtsform des Darlehensvertrages nicht ändern würde, stünde einer Umdeutung nicht entgegen.⁵⁾ Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 140 BGB können somit bei sittenwidrigen Geschäften durchaus gegeben sein. Dennoch

- 1) Flume, AT II, S. 596; Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2573.
- 2) Erman-Brox § 140 Rdn. 13; ähnlich Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; Larenz, AT, § 23 III, S. 458; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 17; Soergel-Heinrichs § 140 Anm. 2, a, ff; Siller, AcP 138, 144, 178.
- 3) zur Vermeidung von Normwidersprüchen bei der Gesetzesauslegung vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 319, 322f.
- 4) vgl. BGH WM 1971, 857, 858; BGH WM 1978, 1349, 1350; OLG Stuttgart BB 1961, 913.
- 5) vgl. zur rein inhaltlichen Konversion o. S. 205ff.

lehnt es die Rechtsprechung jedenfalls dem Grundsatz nach ab, sittenwidrig überhöhte oder übermäßige, insbes. wucherische Verträge mit zulässigem Maß aufrechtzuerhalten.¹⁾ Auch in der Rechtslehre wird überwiegend vertreten, daß der Richter nicht befugt sei, ein überhöhtes oder unangemessenes Geschäft auf das zulässige, von der Rechtsordnung tolerierte Maß herabzusetzen.²⁾

In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH³⁾ zur Umdeutung sittenwidriger Geschäfte grundlegend Stellung genommen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte hatte die Geschäfte der Klägerin, einer KG, geführt. Nachdem diese erfahren hatte, daß sich der Beklagte noch in anderen Firmen betätigte und der Verdacht aufgekommen war, er könne Waren aus ihrem Geschäft für eigene Zwecke verwandt haben, trafen die Parteien eine Vereinbarung, wodurch die Zusammenarbeit beendet wurde und der Beklagte sich u.a. verpflichtete, an die Klägerin DM 40.000,- zu zahlen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sollte diese Summe auf jeden Fall gezahlt werden und nicht auf etwaige Schadensersatzansprüche der Klägerin angerechnet werden.

Das OLG Stuttgart⁴⁾ als Vorinstanz sah die Vereinbarung mangels einer Verrechnungsabrede wegen Übervorteilung als sittenwidrig und damit als gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig an. Es hielt den Vertrag jedoch gem. § 140 BGB mit der Maßgabe aufrecht, daß auf die von dem Beklagten zu zahlenden DM 40.000,- etwaige Schadensersatzansprüche anzurechnen seien.⁵⁾ Mit diesem Inhalt

1) vgl. BGHZ 44, 158, 162; BGH NJW 1958, 1772; BGH LM Nr. 8 und 14 zu § 139 BGB; OLG Celle NJW 1959, 1971, 1972.

2) Zimmermann S. 21f zum Kreditwucher und generell ablehnend insbes. S. 177ff; Soergel-Hefermehl § 138 Rdn. 43; Sandroch, AcP 159, 481, 514ff; Flume, AT, S. 389; R. Fischer, DRiZ 1974, 209, 212.

3) BGH, Urt. v. 21.3.1977, abgedr. in BGHZ 68, 204ff = JR 1977, 410 m. zust. Anm. v. Lindacher = NJW 1977, 1233ff.

4) OLG Stuttgart, Urt. v. 21.11.1974, abgedr. in JZ 1975, 572ff m. abl. Anm. v. Krampe.

5) OLG Stuttgart JZ 1975, 572, 573f.

wäre der Vertrag (nach den Feststellungen des OLG) sittlich nicht zu beanstanden gewesen. Der BGH¹⁾ hat die Umdeutung jedoch abgelehnt, weil § 140 BGB auf sittenwidrige Geschäfte keine Anwendung finde. Dabei hat der BGH im wesentlichen auf Sinn und Zweck des § 138 BGB abgestellt und ausgeführt²⁾: "Während sonst im Rahmen des § 140 BGB versucht werden muß, das wirtschaftliche Ziel der Parteien auf anderem rechtlichen Wege möglichst vollständig zu erreichen, müßte der wirtschaftliche Gehalt des sittenwidrigen Geschäfts selbst rechtsgestaltend verändert werden, damit der Einklang mit der Rechtsordnung hergestellt wird. Gerade das stünde aber im Widerspruch zu Sinn und Zweck des § 138 BGB. Könnte derjenige, der seinen Vertragspartner in sittenwidriger Weise übervorteilt, damit rechnen, schlimmstenfalls durch gerichtliche Festsetzung das zu bekommen, was gerade noch vertretbar und damit sittengemäß ist, verlöre das sittenwidrige Rechtsgeschäft für ihn das Risiko, mit dem es durch die vom Gesetz angedrohte Nichtigkeitsfolge behaftet sein soll". Hieraus folgert der BGH³⁾: "Sittenwidrige Rechtsgeschäfte können daher grundsätzlich nicht nach § 140 BGB umgedeutet werden".

Diese Ausführungen haben in der Rechtslehre allgemein Zustimmung gefunden⁴⁾ und entsprechen auch der zuvor ganz überwiegend vertretenen Ansicht⁵⁾, wonach Sinn und Zweck des § 138 BGB einer

1) BGHZ 68, 204ff.

2) BGHZ 68, 204, 206, 207.

3) BGHZ 68, 204, 207.

4) vgl. z.B. Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2573; Flume, AT II, S. 597 (Fn. 90); Krampe, Konversion, S. 245f; Larenz, AT, § 23 III, S. 458; Medicus, AT, Rdn. 523; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 6; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 16; Erman-Brox § 140 Rdn. 13; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 17; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2, a, ff; Gernhuber, Bürgerliches Recht, S. 49; Zimmermann S. 85 Fn. 28; Eisenhardt, AT, S. 167.

5) insbes. Krampe, JZ 1975, 574, 576 gegen die a.A. des OLG Stuttgart (JZ 1975, 572ff) als Vorinstanz zu BGHZ 68, 204ff; Flume, AT II (2. Aufl.), S. 597; im Grundsatz auch Lindacher, AcP 173, 124, 129f; für § 138 Abs. 2 BGB ebenso Siller, AcP 138, 144, 183; a.A. insbes. Fischer, FS Wach, S. 179, 260; Erman-Westermann (6. Aufl.) § 138 Rdn. 7; v. Brasch S. 52ff; dazu sogleich.

Umdeutung entgegenstehen. Demgegenüber hat Fischer¹⁾ die Umdeutung sittenwidriger und wucherischer Geschäfte ohne jede Einschränkung zugelassen, wenn ihnen nur "im Wege der Konversion ein erlaubter Inhalt gegeben werden kann, z.B. durch Herabsetzung der Zinsen auf ein zulässiges Maß ..." Diese Ansicht ist jedoch mit § 138 BGB nicht zu vereinbaren. Diese Vorschrift setzt der privatautonomen freien Rechtsgestaltung dort eine Grenze²⁾, wo sie in Widerspruch zu den Grundprinzipien unserer Rechts- und Sittenordnung tritt. Der Zweck des § 138 BGB besteht darin, Mißbräuchen der Privatautonomie entgegenzuwirken³⁾, auch wenn die mißbilligten Rechtsgeschäfte nicht ausdrücklich durch eine gesetzliche Sonderbestimmung erfaßt werden.⁴⁾ Dieser Schutz vor Rechtsmißbrauch wird zum einen dadurch bewirkt, daß § 138 BGB die Nichtigkeit sittenwidriger Geschäfte anordnet und ihnen damit die rechtliche Anerkennung versagt. Dies allein schließt aber die Umdeutung noch nicht aus, sondern ermöglicht sie an sich. Zum anderen fordert aber der Schutzzweck des § 138 BGB, nämlich die Rechtsordnung von unsittlichen Geschäften freizuhalten, daß von § 138 BGB ein gewisser Abschreckungszweck ausgeht⁵⁾, der den Einzelnen davon abhält, Geschäfte abzuschließen, die gegen die guten Sitten verstoßen. Eine effektive Präventivwirkung kann § 138 BGB aber nur entfalten, wenn die Rechtsunterworfenen durch Erfahrung wissen, daß sittenwidriges Verhalten sich nicht lohnt, sondern mit einem Risiko, nämlich dem Risiko der Totalnichtigkeit, behaftet ist.⁶⁾ Dieser Risikogedanke, auf den der BGH⁷⁾ besonderes Gewicht gelegt hat, steht einer Umdeutung sittenwidriger Geschäfte entgegen.

1) Fischer, FS Wach, S. 179, 260.

2) vgl. Steindorff, Summum ius, S. 58ff.

3) Lindacher, AcP 173, 124, 125.

4) Soergel-Hefermehl § 138 Rdn. 1; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1, a.

5) Lindacher, AcP 173, 124, 125 und 129; Münch Komm-Mayer-Maly § 138 Rdn. 1; Sievert S. 13, 14.

6) Lindacher, AcP 173, 124, 129.

7) BGHZ 68, 204, 206f; ebenso BGH NJW 1983, 159, 162.

Für eine Aufrechterhaltung sittenwidriger Geschäfte mit sittengemäßem Inhalt gem. § 140 BGB besteht auch kein Bedürfnis. Diese Vorschrift soll den rechtsunkundigen Parteien, die in Unkenntnis der wahren Rechtslage an den Erfordernissen, die die Rechtsordnung an das beabsichtigte Geschäft stellt, gescheitert sind, helfen, ihre wirtschaftlichen Ziele auf anderem Wege zu verwirklichen. Die Gebote der Sittenordnung, die in § 138 BGB der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie eine äußerste Grenze setzen, sind aber nur überschritten, wenn das Geschäft "den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht". Diese Formulierung, die den Motiven¹⁾ zu dem heutigen § 826 BGB entnommen und von RG²⁾ und BGH³⁾ für § 138 BGB übernommen worden ist⁴⁾, macht deutlich, daß der Maßstab der guten Sitten zwar ein Objektivum ist⁵⁾ und als solcher auf der geltenden Rechtsüberzeugung in der Rechtsordnung basiert. Es ist also nicht unbedingt erforderlich, daß die Parteien den Sittenverstoß erkannt haben oder sich der Sittenwidrigkeit bewußt waren. Ist dies der Fall, dann scheidet eine Umdeutung schon tatbestandlich aus, da es in aller Regel an der in § 140 BGB vorausgesetzten Unkenntnis der Nichtigkeit des sittenwidrigen Geschäfts fehlen wird.⁶⁾ Aber auch wenn den Parteien der Sittenverstoß und die Nichtigkeit des Geschäfts nicht positiv bekannt waren, besteht für die Umdeutung grundsätzlich kein Bedürfnis. Denn ein Sittenverstoß kann nur dann angenommen werden, wenn das Geschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt und damit einem in der Rechtsordnung vorgefundenen Standard an Anstandsgefühl nicht mehr entspricht.⁷⁾ Wenn

1) Motive II 727.

2) RGZ 80, 219, 221; ebenso RGZ 48, 114, 124; 55, 367, 373; 79, 415, 418.

3) BGH LM Nr. 7 a zu § 138 (A a) und Nr. 2 zu § 138 (B a) und Nr. 1 zu § 138 (C a).

4) vgl. ausführlich zur Rechtsprechung Haberstumpf, S. 42ff.

5) Flume, AT II, S. 364, 365; ähnlich Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 13.

6) zur Unkenntnis der Nichtigkeit vgl. o. S. 254ff.

7) ähnlich Zimmermann S. 82.

aber § 138 BGB nur Regelungen erfaßt, die der "durchschnittliche Rechtsgenosse anständigerweise sowieso nicht vornehmen würde"¹⁾, so kann davon ausgegangen werden, daß dem sittenwidrig Handelnden der Sittenverstoß erkennbar war, so daß ihm die Konsequenz der Totalnichtigkeit zugemutet werden kann. Die Rechtsordnung hat dagegen kein Interesse, Vertragsparteien, die die äußersten Grenzen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie überschreiten, bei der Verwirklichung ihrer Ziele zu helfen. Wer sich gegen die herrschende "Rechts- und Sozialmoral"²⁾ richtet, kann von der Rechtsordnung keinen Schutz erwarten.

Gegen ein generelles Verbot der Umdeutung sittenwidriger Geschäfte hat H. Westermann³⁾ eingewandt, die Konversion könne durch Sinn und Zweck des § 138 BGB nicht ausgeschlossen sein, wenn ausnahmsweise das Interesse beider Parteien an einem sit tengemäßen Ergebnis gewahrt werden könne. Auch v. Brasch⁴⁾ geht davon aus, daß der "Strafzweck des § 138 BGB" nicht immer eine absolute Nichtigkeit ohne Konversionsmöglichkeit fordere. Es sei eine größere Strafe für den Wucherer, und es entspreche eher dem öffentlichen Interesse, den Wucherer bei seinem Geschäft im erlaubten Rahmen festzuhalten, als das ganze Geschäft für irreparabel nichtig zu erklären und ihm dadurch die Möglichkeit zu geben, es nochmals mit einem wucherischen Geschäft gegenüber einem dafür geeigneten Partner zu versuchen.

Dieses Argument überzeugt nicht. Die Umdeutung sittenwidriger Geschäfte kann nicht allein mit der Begründung zugelassen werden, daß sie ausnahmsweise den Interessen beider Parteien entspricht. Denn dies ist (subjektive) Voraussetzung einer jeden Umdeutung, da andernfalls nicht angenommen werden könnte, daß die Geltung des Ersatzgeschäfts i.S.d. § 140 BGB gewollt sein würde. Demnach könnte eine Umdeutung sittenwidriger Geschäfte durch Sinn und Zweck des § 138 BGB nie ausgeschlossen sein. Auch das Argument, der Wucherer könne es im Falle der Nichtig-

1) Zimmermann S. 82.

2) vgl. Larenz, AT, § 22 III a; Schricker S. 197.

3) Erman-Westermann (6. Aufl.) § 138 Rdn. 7.

4) v. Brasch S. 52, 60f.

keit bei dem anderen Vertragspartner versuchen, weil die Kreditmittel aufgrund der Nichtigkeit nach § 138 BGB nicht an den ersten Vertragspartner gebunden seien, ist nicht schlagkräftig: Hat der Wucherer das Darlehenskapital bereits an den Darlehensnehmer ausgezahlt, so richtet sich die Rückabwicklung des nichtigen Vertrages nach §§ 812ff, 817 S. 2 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung¹⁾ und herrschender Lehre²⁾ kann der Wucherer zwar das reine Darlehenskapital ohne Zinsen³⁾ zurückverlangen, jedoch nur mit der Maßgabe, wie die Rückzahlung im Vertrag vorgesehen war. In diesem Falle wird also ganz im Sinne der Argumentation v. Braschs das Kapital auf die vorgesehene Vertragsdauer gebunden, ohne daß der Wucherer es mit demselben nochmals bei einem anderen versuchen könnte. Ließe man dagegen die Umdeutung in ein Darlehen mit gerade noch sittengemäßigem Zinssatz zu, so würde der Darlehensnehmer nach Auszahlung des Kapitals schlechter und der Wucherer besser stehen, als wenn man die Umdeutung ablehnt. Dies wäre jedoch nicht sachgemäß und würde dem erklärten Ziel, den Darlehensnehmer zu schützen, gerade widersprechen. Erst recht aber ließe sich auf diese Weise keine Präventivwirkung erreichen, und der Wucherer, der darauf vertrauen könnte, wenigstens gem. § 140 BGB den üblichen Zins zu erhalten, könnte risikolos arbeiten.⁴⁾

- 1) RGZ 161, 52, 57f; BGH NJW 1962, 1148f; BGH WM 1963, 834, 836; BGH WM 1969, 857, 858; erneut ausdrücklich bestätigt von BGH NJW 1983, 1420, 1422f; ebenso OLG München MDR 1977, 228; LG Bonn WM 1977, 1341, 1342.
- 2) Palandt-Thomas § 817 Anm. 3, c, bb; Flume, AT II, S. 389ff, 393; Koppensteiner/Kramer S. 76, 77; Fikentscher, Schuldrecht, § 99 III 4 c, S. 592; Buße, AcP 157, 215ff, 227ff; a.A. hinsichtlich der Konstruktion Honsell insbes. S. 152ff, der § 817 S. 2 BGB bei gegenseitigen Verträgen für nicht anwendbar hält und demgemäß u.a. bei Wuchergeschäften auf § 242 BGB (venire contra factum proprium) verweist; gegen Honsell ausführlich Zimmermann S. 164ff.
- 3) insofern a.A. Larenz, Schuldrecht II, § 69 III b, S. 562; Medicus, GS Dietz, S. 61ff, 75f; Soergel-Hefermehl § 138 Rdn. 52; zustimmend Zimmermann S. 173f; für Fälle des § 138 Abs. 1 BGB Canaris, WM 1981, 978, 985; § 817 S. 2 BGB stehe einem Wertersatzanspruch auf einen angemessenen, am Kapitalmarkt orientierten Zins nicht entgegen; dagegen BGH NJW 1983, 1420, 1423, da andernfalls der Kreditgeber "risikolos arbeiten" könnte; zustimmend H. Köhler, JZ 1984, 18, 23.
- 4) zu dem Risikogedanken im Rahmen der §§ 817 S. 2, 818 Abs. 2 BGB vgl. BGH NJW 1983, 1420, 1423 und o. Fn. 3.

Ist dagegen das Kapital noch nicht ausgezahlt, so hat es ebenfalls bei der Nichtigkeit des Vertrages zu verbleiben. Dem Darlehensnehmer steht kein Anspruch auf unentgeltliche Überlassung des Darlehenskapitals für die vorgesehene Zeit zu. Sein Schutz wird in ausreichendem Maße dadurch gewahrt, daß er durch den sittenwidrigen und deshalb gem. § 138 BGB nichtigen Darlehensvertrag rechtlich nicht gebunden wird und sich dementsprechend auf dem Kreditmarkt um neuen Kredit bemühen kann.

Von dieser grundsätzlichen Wertung, wonach ein Sittenverstoß stets zur absoluten Nichtigkeit des sittenwidrigen Geschäfts führt, ist die Rechtsprechung jedoch abgewichen. In den oben bereits angesprochenen Fällen sog. quantitativer Teilnichtigkeit¹⁾ hat der BGH Bierlieferungsverträge²⁾, die lediglich wegen ihrer überlangen Laufzeit, und Geliebtentestamente³⁾, die lediglich wegen des Übermaßes der Zuwendung an die Geliebte als sittenwidrig anzusehen sind, mit nicht zu beanstandendem Inhalt gem. § 139 BGB analog bzw. durch einschränkende Auslegung des § 138 BGB aufrechterhalten. Wie oben bereits gezeigt wurde⁴⁾, hätten diese Fälle besser über § 140 BGB gelöst werden müssen, der in direkter Anwendung nach seinem Tatbestand mit den gleichen Erwägungen zu den gleichen Ergebnissen geführt hätte.⁵⁾ Die Teilungsrechtsprechung zu den Bierlieferungsverträgen und den Geliebtentestamenten steht somit in einem Wertungswiderspruch zu dem sonst in der Rechtsprechung vertretenen Grundsatz, daß ein wegen Sittenverstoßes nichtiges Rechtsgeschäft absolut nichtig ist und auch nicht im Wege der Umdeutung mit zulässigem Inhalt aufrechterhalten werden kann. Dieser Widerspruch tritt jedoch nicht offen zu Tage, weil die Rechtsprechung zur Beurteilung der Bierlieferungsverträge und Geliebtentestamente § 140 BGB nicht heranzieht.

Es stellt sich demnach die Frage, ob § 138 BGB die absolute Nichtigkeit auch der Bierlieferungsverträge und Geliebtentesta-

1) s. o. S. 205ff.

2) vgl. insbes. o. S. 207.

3) vgl. insbes. o. S. 208.

4) s. o. S. 209ff.

5) s. o. S. 209ff., 214ff.

mente ohne Konversionsmöglichkeit fordert oder ob in diesen Fällen Besonderheiten vorliegen, die eine Ausnahme zu dem Grundsatz der absoluten Nichtigkeit sittenwidriger Geschäfte rechtfertigen. Dies ist jedoch m.E. nicht der Fall: Bierlieferungsverträge mit ausschließlicher Bezugsbindung an die betreffende Brauerei werden nur dann als sittenwidrig angesehen, wenn durch die überlange Laufzeit des Bierbezugsvertrages mit Ausschließlichkeitsbindung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit des Gastwirts in einer nicht mehr vertretbaren Weise eingeengt, und er dadurch in eine mit den Anschauungen des redlichen Verkehrs nicht mehr zu vereinbarende Abhängigkeit zur Brauerei gerät.¹⁾ Nach ständiger Rechtsprechung²⁾ kann eine derartige, sittlich nicht mehr hinnehmbare Beschränkung der gewerblichen Betätigungsfreiheit des Gastwirts auch allein durch die überlange zeitliche Bindung an die Brauerei gegeben sein, auch wenn bei Vertragsschluß die Brauerei z.B. durch Gewährung eines zinsgünstigen Darlehens oder durch Unterstützung bei der Einrichtung der Gaststätte dem Gastwirt erst die Gründung der Existenz ermöglicht hat. Denn selbst wenn der Vertrag anfänglich für den Gastwirt vorteilhaft war, so muß er doch zumindest nach gewisser Dauer in der Lage sein, sich dem gewandelten Publikumsgeschmack durch Wechsel der Getränke und Veränderung der Einrichtung anzupassen.³⁾ Die Dauer der Bindung, die von der Sittenordnung noch hingenommen werden kann, hängt von den gegenseitigen Leistungen des jeweiligen Vertrages ab und wird in der Regel mit etwa 20 Jahren angenommen⁴⁾, wobei aber auch eine nur 17-jährige Laufzeit als sitten-

- 1) vgl. BGHZ 54, 145, 156; BGH LM Nr. 27 zu § 138 (B b) BGB; BGH NJW 1970, 2243; BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1974, 2089; BGH WM 1975, 850; BGH WM 1977, 641; ebenso bereits RGZ 63, 390; 152, 251; vgl. dazu auch Zimmermann S. 27, 28 m.w.N.
- 2) vgl. insbes. BGH LM Nr. 34 und 35 zu § 138 (B b) BGB; BGH NJW 1979, 2149, 2150; BGH NJW 1979, 2150, 2151; weitere Nachweise o. S. 207 Fn. 2.
- 3) ebenso BGH LM Nr. 35 zu § 138 (B b) BGB.
- 4) erst nach BGH WM 1970, 1402; seitdem st. Rspr., vgl. BGH LM Nr. 35 zu § 138 (B b) BGB = NJW 1972, 1459; WM 1973, 357 und 924, 925; WM 1974, 1042, 1043; WM 1975, 307, 209; WM 1975, 850; NJW 1979, 2149, 2150; BGH ZIP 1984, 335; so auch OLG Frankfurt NJW 1977, 1157, 1158; vgl. zur zeitlichen Grenze in der Rspr. insbes. Klaas, BB 1974, 1098ff, der sich jedoch gegen eine feste zeitliche Grenzziehung richtet (a.a.O., S. 1099f).

widrig¹⁾, aber auch z.B. eine 23-jährige Bindung als noch sittengemäß²⁾ angesehen wurde. Die nach der Sittenordnung zulässige Höchstgrenze der Bezugsbindung kann also keineswegs als eng bezeichnet werden. Wenn sich die Brauerei dennoch übernimmt und sich eine mit der Sittenordnung nicht mehr zu vereinbarende Bindung des Gastwirts versprechen läßt, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Brauerei, anders als in den sonstigen Fällen der Sittenwidrigkeit, das Risiko der Gesamtnichtigkeit, mit dem § 138 BGB sittenwidriges Verhalten bedroht, durch eine Herabsetzung der übermäßigen Laufzeit auf ein gerade noch hinnehmbares Maß abgenommen werden sollte. Auch die wirtschaftliche Knebelung des Gastwirts durch eine übermäßig lange, sittlich nicht mehr vertretbare Bindung darf sich für die Brauerei nicht lohnen und sie dürfen sich nicht in der Gewißheit wiegen, daß notfalls die Gerichte den übermäßigen Vertrag auf das gerade noch zulässige Maß herabsetzen werden, wenn man den Risikogedanken des § 138 BGB und den von dieser Vorschrift ausgehenden Abschreckungszweck ernst nehmen will.

Nichts anders gilt in den Fällen, in denen die Rechtsprechung übermäßige letztwillige Zuwendungen an Geliebte mit zulässigem Maß aufrechterhalten hat. Auch der Erblasser, der die ihm gewährte Testierfreiheit mißbraucht und sich außerhalb der Rechts- und Sittenordnung stellt, verdient keinen Schutz. Warum soll der Erblasser, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise letztwillig verfügt, darauf vertrauen dürfen, daß seine Verfügung jedenfalls bis zum erlaubten Maß gem. § 139 BGB analog oder gem. § 140 BGB direkt bestehen bleibt? Ein Grund, der dies ausnahmsweise rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Die Rechtsordnung hat jedenfalls kein Interesse daran, einen Willen bis zum gerade noch zulässigen Maß zu verwirklichen, der sich über die absoluten Grenzen der herrschenden Rechts- und Sozialmoral hinweggesetzt hat.

1) BGH LM Nr. 35 zu § 138 (B b) BGB; in BGH NJW 1974, 2089 wurde eine (ursprünglich 24-jährige) 16-jährige Bindung als gerade noch vertretbar angesehen.

2) BGH WM 1973, 924 (ursprünglich 28-jährige Bindung).

Eine Aufrechterhaltung der Bierlieferungsverträge mit überlanger Bezugsbindung und der Geliebten-testamente, die aufgrund ihres Übermaßes als sittenwidrig gem. § 138 BGB anzusehen sind, ist nach allem nicht durch § 140 BGB gedeckt, da Sinn und Zweck des § 138 BGB auch deren Aufrechterhaltung entgegenstehen. Genausowenig ist es aber möglich, eine Geltung der Geschäfte zum gerade noch zulässigen Maß nicht durch Konversion, sondern mit denselben Erwägungen nur auf anderem konstruktiven Wege, nämlich durch eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB oder eine einschränkende Auslegung des § 138 BGB zu erreichen. Denn der Normbefehl des § 138 BGB steht auch einer Aufteilung der einheitlichen übermäßigen Leistungen in einen sittenwidrigen und einen sittengemäßen Teil entgegen.

b) Verbotswidrige Geschäfte

Ist ein Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig, so kann nach der überwiegend vertretenen Ansicht¹⁾ § 140 BGB jedenfalls dem Grundsatz nach anzuwenden sein. Der Vorschrift des § 134 BGB selbst kann ein Umdeutungsverbot nicht entnommen werden. Denn, worauf das RG²⁾ zu Recht hingewiesen hat, nach dieser Vorschrift soll es den Parteien nicht gelingen, gegen das gesetzliche Verbot Vertragsrecht zu schaffen. Dagegen liegt es nicht im Sinne des § 134 BGB, "erlaubte Parteizwecke zu vereiteln, damit um so stärker

1) Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5; Larenz, AT, § 23 III, S. 458 Fn. 44; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 17; Erman-Brox § 140 Rdn. 13; Erman-H. Westermann (6. Aufl.) § 140 Rdn. 4; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2, a, bb unter Bezugnahme auf RGZ 125, 209, 212; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 2 mit Hinweis auf RGZ 125, 209, 212; Siller, AcP 138, 144, 178f; Fischer, FS Wach, S. 179, 260; a.A.: Krampe, Konversion, S. 234, 238ff und 283, der die Umdeutung verbotswidriger Geschäfte nur i.S. einer "Konversion als aufrechterhaltender Auslegung" für möglich hält, S. 234; zum Verhältnis dieser Konversionslehre zu der h.M. vgl. aber o. S. 133ff, 136, 137.

2) RGZ 125, 209, 212; ebenso BGHZ 20, 320, 326; anders dagegen das OLG Köln JW 1929, 2363 m. abl. Anm. v. Oertmann.

der dazu gesuchte verbotene Weg verpönt werde". Mit dieser Begründung hat sich das RG allgemein für die Zulässigkeit der Umdeutung verbotswidriger Geschäfte ausgesprochen.¹⁾ So hat es in der betreffenden Entscheidung die Konversion eines gewerberechtswidrigen Schankpachtvertrages, durch den der Schankbetrieb einer Person überlassen werden sollte, die nicht Inhaberin der Schankerlaubnis war, in eine (rechtlich mögliche) Vereinbarung als zulässig angesehen, wonach um die Erteilung der Konzession für den Pächter nachgesucht werden sollte, während der Konzessionsinhaber auf sein Recht verzichtete. Als weitere, über den Tatbestand des § 140 BGB hinausgehende Voraussetzung wird jetzt gefordert, daß die Umdeutung des verbotswidrigen Geschäfts die Ziele und Zwecke der Verbotsnorm nicht durchkreuzen und deren Umgehung nicht Vorschub leisten dürfe.²⁾ Dem ist beizupflichten: § 140 BGB hat den Sinn, den Willen der Parteien im Einklang mit der Rechtsordnung soweit, wie diese es zuläßt, zu verwirklichen. Dagegen bietet § 140 BGB keine Handhabe, zwingende Gesetzesnormen zu umgehen und den Willen der Parteien gegen die Rechtsordnung durchzusetzen. Das in § 140 BGB geschützte Interesse der Parteien an der möglichst weitgehenden Verwirklichung ihres (fehlgeschlagenen) Willens hat gegenüber dem in dem Verbotsgesetz geschützten Interesse der Allgemeinheit und/oder des Einzelnen zurückzustehen, wenn nach der gesetzlichen Wertung des Verbotsgesetzes das dort zu

- 1) RGZ 125, 209, 212 mit Hinweis auf RG SeuffA 80, S. 193 Nr. 110 (Verstoß gegen devisenrechtliche Vorschriften) und RGZ 121, 99, 106 (gegen § 215 Abs. 1 HGB a.F. - vgl. dazu Brodmann § 215 Anm. 1 - verstoßendes Dividendenversprechen zugunsten eines Aktionärs; heute § 57 Abs. 2 AktG), wo die Umdeutung der verbotswidrigen Geschäfte in Erwägung gezogen, aber letztlich an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB gescheitert ist, vgl. RG SeuffA 80 Nr. 110, S. 193f und RGZ 121, 99, 106; vgl. weiter z.B. RGZ 138, 52, 56 (Verstoß gegen damaliges Devisenrecht), wo von der Anwendbarkeit des § 140 BGB auf verbotswidrige Geschäfte ausgegangen wird, die Umdeutung aber u.a. an der fehlenden Unkenntnis der Wichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts scheiterte.
- 2) Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 11; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5; Flume, AT II, S. 597; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 17; Erman-Brox § 140 Rdn. 13.

schützende Gut zu seiner Wahrung eine absolute Nichtigkeit ohne Konversionsmöglichkeit des verbotswidrigen Geschäfts verlangt. Eine Umdeutung, die im Ergebnis Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes zuwider laufen würde und somit die gesetzlichen Ziele der Verbotsnorm vereiteln würde, verbietet sich daher.

Häufig wird die Umdeutung verbotswidriger Geschäfte jedoch bereits an dem Tatbestand des § 140 BGB scheitern: Dies gilt insbes. dann, wenn das Geschäft in umgedeuteter Form eine Umgehung des Verbotsgesetzes darstellen würde. Denn in diesem Falle wäre (auch) das umgedeutete Geschäft als Umgehungsgeschäft gem. § 134 BGB nichtig¹⁾, so daß es bereits an einem wirksamen Ersatzgeschäft gem. § 140 BGB fehlt. So könnte beispielsweise eine Abrede im Rahmen eines Mietverhältnisses über Wohnraum, wonach entgegen § 557 a Abs. 2 BGB die im voraus entrichtete Miete bei Vertragsbeendigung lediglich in kleinen Raten an den Mieter zurückzuzahlen sein soll, nicht in ein Darlehen umgedeutet werden. Denn auf diese Weise würde § 557 a Abs. 2 BGB umgangen.²⁾ Ebensowenig könnte die unzulässige Abspaltung des Stimmrechts eines Gesellschafters einer OHG in die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht umgedeutet werden, weil die letztere im Ergebnis nichts anderes als eine Umgehung des Abspaltungsverbotes darstellen würde.³⁾ Auf die Frage, ob Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes einer Umdeutung entgegenstehen, kommt es in diesen Fällen nicht an, weil es bereits an einem wirksamen Ersatzgeschäft fehlt.

Kommt dem in Frage stehenden Ersatzgeschäft dagegen nicht die Qualität eines Umgehungsgeschäftes zu und entspricht dessen Geltung dem hypothetischen Willen der Parteien, so daß auch den

- 1) zur Nichtigkeit von Umgehungsgeschäften vgl. v. Gamm, WRP 1961, 259, 260; Soergel-Hefermehl § 134 Rdn. 52ff, 56; Palandt-Heinrichs § 134 Anm. 4 m.w.N.; in der Gesetzesanalogie sieht Teichmann, Gesetzesumgehung, S. 67ff das Problem.
- 2) vgl. für den Umgehungscharakter einer derartigen Vereinbarung BGHZ 56, 285, 289 (Baukostenzuschuß als Mieterdarlehen).
- 3) vgl. BGHZ 3, 354, 359; vgl. ebenso BGHZ 20, 363, 365; zu dieser Entscheidung s. auch o. S. 154; zum Umgehungscharakter einer derartigen Vereinbarung vgl. Soergel-Hefermehl § 134 Rdn. 62.

tatbestandlichen Voraussetzungen des § 140 BGB einer Umdeutung nichts im Wege stehen würde, so hat es dennoch bei Nichtigkeit des Geschäfts zu verbleiben, wenn das durch die Verbotsnorm gefordert wird. Dies gilt insbes. dann, wenn das verbotswidrige Geschäft zugleich einen Sittenverstoß und/oder einen Verstoß gegen eine Strafrechtsnorm enthält.¹⁾ Z.B. im Falle des Kredit- und Mietwuchers, der in § 302 a StGB mit Strafe bedroht ist, folgt die zivilrechtliche Nichtigkeit des Wuchergeschäfts sowohl aus § 134 BGB, weil § 302 a StGB ein gesetzliches Verbot i.S.d. Vorschrift enthält, als auch aus § 138 Abs. 2 BGB²⁾ als dem allgemeinen Wuchertatbestand. Für eine Umdeutung des wucherischen Geschäfts in ein solches mit zulässigem Inhalt ist kein Raum, weil die mit der Strafrechtsnorm und § 138 BGB bezweckte Abschreckungswirkung an Effektivität verlieren würde. Ob das eine oder andere der Fall ist, ob also die Zwecke des gesetzlichen Verbots durch die Umdeutung unterlaufen würden, ist in jedem einzelnen Falle durch Auslegung der Verbotsnorm zu prüfen. Allgemeine Aussagen lassen sich angesichts der Vielzahl und der Verschiedenartigkeit der gesetzlichen Verbote³⁾ kaum treffen. Stets muß aber, um ein Umdeutungsverbot feststellen zu können, die Verbotsnorm nicht nur die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts als solchen, sondern darüberhinaus auch das Verbot einer Aufrechterhaltung mit zulässigem Inhalt verlangen.

c) Formwidrige Geschäfte

In der Rechtslehre wird zum Teil die Ansicht vertreten, der Zweck der Formvorschriften⁴⁾ könne die Umdeutung eines formwidrigen Geschäfts ausschließen.

- 1) vgl. RGZ 125, 209, 212; über das Nebeneinander von Verbotswidrigkeit und Sittenverstoß vgl. RGZ 115, 320, 325; Schriker S. 61ff.
- 2) Staudinger-Dilcher § 134 Rdn. 20
- 3) vgl. den Überblick und die Systematisierungen der Verbotsnormen etwa bei Soergel-Hefermehl § 134 Rdn. 33ff; Staudinger-Dilcher § 134 Rdn. 12ff.
- 4) vgl. zu den verschiedenen Formzwecken insbes. Heldrich, AcP 147, 89, 91ff.

aa) Notarielle Beurkundung; insbes. Sinn und Zweck des § 313 BGB

Flume¹⁾ hält die Umdeutung eines formwidrigen Versprechens, ein Grundstück als Mitgift zu übertragen, in die Verpflichtung zur Bestellung eines lebenslangen Nießbrauchs an dem betreffenden Grundstück, wie sie das RG²⁾ befürwortet hat, aus dem Zweck des § 313 BGB für ausgeschlossen. Dieser gebiete es, daß die formnichtige Verpflichtung zur Grundstücksübereignung auch nicht als Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs gelte.³⁾ Aus dem gleichen Grunde hält Flume⁴⁾ die Entscheidung RG JW 1937, 3153, in der das RG einen formwidrigen Hofübergabevertrag als schuldrechtliche Nießbrauchsvereinbarung aufrechterhalten hat, sowie die Entscheidung des BGH in NJW 1963, 339, in der die formwidrige Begründung von Wohnungseigentum in die Zusage eines Dauerwohnrechts gem. § 31 Abs. 1 WEG umgedeutet wurde, für nicht richtig. Schließlich lehnt Flume⁵⁾ aus Sinn und Zweck des § 313 BGB auch die Umdeutung einer formlosen Vollmacht, die zu einem Grundstücksgeschäft ermächtigt und, weil sie unwiderruflich erteilt ist, der Form des § 313 BGB bedurft hätte, in eine formfrei mögliche widerrufliche Vollmacht ab.

Reinicke⁶⁾ hat der Kritik Flumes entgegengehalten, nach § 313 BGB bedürfe nur ein Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen (bzw. zu erwerben).⁷⁾ Fehle es an der Form, so sei der Vertrag nichtig. Auf die Herbeiführung dieser Rechtsfolge beschränke sich das Gesetz. Dagegen ergebe sich aus § 313 BGB nicht, daß eine

1) Flume, AT II, S. 596f.

2) RGZ 110, 391ff.

3) Flume, AT II, S. 597.

4) Flume, AT II, S. 596 Fn. 88.

5) Flume, AT II, S. 597 und 882.

6) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 106, 107.

7) entsprechend der Neufassung des § 313 S. 1 BGB durch Gesetz v. 30.5.1973 (BGBl I S. 501).

Vereinbarung beurkundet werden müsse, durch die die eine Partei der anderen verspricht, den Nießbrauch an einem Grundstück zu bestellen. Demgemäß stehe der Formzweck des § 313 BGB der Umdeutung eines nach dieser Vorschrift nichtigen Vertrages in eine solche Vereinbarung nicht im Wege. Das Gesetz werde durch eine derartige Konversion nicht umgangen.¹⁾

Diese Argumentation überzeugt. Das umgedeutete Geschäft, also die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an dem betreffenden Grundstück bzw. die Einräumung eines Dauerwohnrechts i.S.d. § 31 Abs. 1 WEG und die Erteilung einer widerruflichen Vollmacht zu einem Grundstücksgeschäft bedürfen nicht der notariellen Beurkundung. § 313 BGB greift für derartige Geschäfte nicht ein. Zwar ist nicht zu verkennen, daß das Geschäft in der ursprünglichen Gestalt dem Formgebot unterliegt. Der Zweck der Formvorschriften, nämlich insbes. die Parteien vor Übereilung zu schützen und die Beweise über den Abschluß und den Inhalt des Geschäfts zu sichern²⁾, ist aber auf die Rechtsgeschäfte beschränkt, die formbedürftig sind. Ein Verstoß gegen das Formgebot führt gem. § 125 BGB zur Nichtigkeit des Geschäfts. Der Zweck der Formvorschriften fordert aber nicht, daß das formwidrige Geschäft endgültig unwirksam und auch eine Aufrechterhaltung in der Gestalt des formgemäßen anderen Geschäfts im Wege der Umdeutung ausgeschlossen sein müßte. So wird die Umdeutung formwidriger Geschäfte sogar als Hauptanwendungsfall der Konversion nach § 140 BGB bezeichnet.³⁾ Auch Flume⁴⁾ läßt die Umdeutung formwidriger Geschäfte dem Grundsatz nach zu.

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 107; zustimmend Erman-Brox § 140 Rdn. 13.

2) Motive I 179; Münch Komm-Mayer-Maly § 125 Rdn. 3f; Flume, AT II, S. 244ff, 246; Heldrich (AcP 147, 89, 91) hat acht Formzwecke zusammengestellt, nämlich: Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Übereilungsschutz, Erkennbarkeit für Dritte, fachmännische Beratung, Überwachbarkeit und Abschlußerschwerung im Interesse der Gemeinschaft; zur Ordnungsfunktion der Formvorschriften vgl. auch Häsemeyer S. 164ff.

3) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88; Larenz, AT, § 23 III, S. 458.

4) vgl. Flume, AT II, S. 597f, z.B. für formwidrige Wechsel.

Es fragt sich aber, ob die Besonderheiten der durch § 313 BGB vorgeschriebenen notariellen Beurkundung die Umdeutung ausschließen können. Die Besonderheit der notariellen Beurkundung gegenüber den sonstigen Formvorschriften, also insbes. gegenüber der Schriftform, besteht darin, daß bei der Abgabe der betreffenden Vertragserklärungen der Notar als ein Dritter, Neutraler und Rechtskundiger, der auch die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts im Auge hat, mitwirkt.¹⁾ Ihm obliegt gem. § 17 BeurkG eine Prüfungs- und Belehrungspflicht. Insbes. hat er die Beteiligten über die rechtliche Tragweite ihres Handelns aufzuklären, § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, ohne daß es einer entsprechenden Frage oder Aufforderung der Beteiligten bedürfte.²⁾ Dieser besondere Schutz der Beteiligten vor Über-eilung, der durch die notarielle Beurkundung gewährleistet werden soll, ist vom Gesetz nur in Fällen besonderer Bedeutung und Tragweite und besonderer Schutzbedürftigkeit für die Beteiligten angeordnet. Gleichwohl wird eine Umdeutung nicht beurkundeter oder falsch beurkundeter Geschäfte als zulässig angesehen. Hat sich z.B. die eine Partei durch Vertrag verpflichtet, ihr gegenwärtiges Vermögen auf die andere zu übertragen, so bedarf dieser Vertrag gem. § 311 BGB der notariellen Beurkundung. Der Grund liegt in der besonderen Gefährlichkeit und besonderen Tragweite, die von einem derartigen Vertrag für den Verpflichteten ausgehen: Zum einen entledigt er sich seines gesamten Vermögens und zum anderen kann eine solche Übertragung des gesamten Vermögens "in Bausch und Bogen" auch Gegenstände erfassen, an die der Verpflichtete nicht gedacht hat, oder die er nicht einmal kannte.³⁾ Ist dem Vertrag jedoch ein Verzeichnis beigelegt, in dem die Gegenstände, die übertragen werden

1) jedoch hat der Notar nicht die eigentliche Funktion eines Wirtschaftsberaters oder Vormundes, vgl. BGH BB 1967, 59; BGH DB 1968, 1138.

2) Mecke § 17 Rdn. 5; Höfer/Huhn/Schuckmann § 17, 1; vgl. auch Jansen § 17 Rdn. 7ff; ebenso BGH VersR 1958, 373; zum Umfang der Belehrungspflicht vgl. auch Riedel/Feil § 17 Rdn. 6.

3) vgl. RGZ 69, 416, 420; 94, 314, 315; insbes. BGHZ 25, 1, 5; vgl. auch Motive II 187, 188, wo der Übereilungsschutz bei den "inhaltsschweren Geschäften" hervorgehoben wird.

sollen, im einzelnen aufgeführt sind¹⁾, so greift der Schutzzweck des § 313 BGB hinsichtlich der Verpflichtung zur Übertragung dieser im einzelnen bezeichneten Gegenstände nicht durch. Einer Umdeutung in einen Kaufvertrag über die (aufgelisteten) Einzelgegenstände, der der Formvorschrift des § 311 BGB nicht unterfällt, steht dann nichts im Wege.²⁾

Auch bei einem Schenkungsversprechen, das gem. § 518 Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, besteht der Zweck der Formvorschrift hauptsächlich darin, den Schenker vor einer vorschnellen Eingehung der Verpflichtung zu schützen, eine Zuwendung unentgeltlich vorzunehmen.³⁾ Dagegen erfaßt § 518 BGB nicht eine (ebenfalls unentgeltliche) letztwillige Verfügung. Ist das formnichtige Schenkungsversprechen handschriftlich abgefaßt und eigenhändig unterschrieben, entspricht es also der Form des § 2247 BGB, so steht der Zweck des § 518 BGB einer Umdeutung des nichtigen Schenkungsversprechens in ein eigenhändiges Testament nicht entgegen.⁴⁾

Nichts anderes gilt im Falle des § 313 BGB: Zwar geht auch in diesem Falle den Beteiligten der besondere Schutz z.T. verloren, der durch die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars gem. § 17 BeurkG gewährleistet werden soll, wenn das mangels Beurkundung gem. §§ 313, 125 BGB nichtige Geschäft in ein anderes umgedeutet wird, durch das im wesentlichen der gleiche wirtschaftliche Erfolg verwirklicht wird. Wird das mündliche Versprechen, ein Grundstück als Mitgift zu geben, als Verpflichtung zur Bestellung eines lebenslangen Nießbrauchs aufrechterhalten⁵⁾, so verliert der Veräußerer zwar letztlich nicht das

1) vgl. RGZ 76, 1ff;

2) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 101.

3) Palandt-Putzo § 518 Anm. 1, b; Soergel-Mühl § 518 Rdn. 10; insbes. Motive II 293.

4) Daß die Umdeutung eines (form-)nichtigen Schenkungsversprechens in Frage kommen kann, entspricht der ganz überwiegend vertretenen Ansicht, vgl. die Nachweise o. S. 118ff; die a.A. Flumes (dazu o. S. 113ff) stützt sich nicht auf den Formzweck des § 518 BGB; vgl. aus der Rspr. z.B. RG Recht 33 (1929) Nr. 1466; RG Recht 16 (1912) Nr. 1884.

5) vgl. RGZ 110, 391ff; RG JW 1937, 3153.

Eigentum an dem Grundstück. Dennoch ist er verpflichtet, dem Versprechensempfänger die uneingeschränkte Nutznießung an dem Grundstück zu gestatten und verliert damit die Möglichkeit, es selbst für eigene Zwecke zu nutzen. Gleichwohl ist eine Umdeutung möglich. Denn die Beteiligten haben bei Abschluß des nichtigen Vertrages zumindest auch die wirtschaftlichen Folgen des formfrei möglichen Ersatzgeschäfts gewollt. Und für die Realisierung dieser wirtschaftlichen Folgen durch das Ersatzgeschäft, dessen Erfordernissen das nichtige entspricht und das die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit geschlossen hätten, hätte es nach dem Gesetz der notariellen Beurkundung eben nicht bedurft. Der Zweck des § 313 BGB erstreckt sich nicht auf das nicht unter diese Vorschrift fallende Ersatzgeschäft.

Dies gilt nicht nur, wenn das Beurkundungsverfahren nur fehlerhaft ist, sondern auch dann, wenn die Parteien das beurkundungsbedürftige Geschäft ganz ohne Zuziehung eines Notars abgeschlossen haben.¹⁾ Denn auch wenn die Beurkundung völlig fehlt, kommt eine Umdeutung nur in ein Geschäft in Betracht, das entweder formfrei abgeschlossen werden kann oder aber dessen Form jedenfalls durch die Vertragserklärungen gewahrt ist. § 313 BGB, der die notarielle Beurkundung nur für das Geschäft in der ursprünglich beabsichtigten Gestalt anordnet, steht dem nicht entgegen. Denn diese Norm soll gewährleisten, daß Grundstücksgeschäfte nur Geltung erlangen, wenn ein Notar hinzugezogen worden ist. In umgedeuteter Form bedarf das Geschäft nach dem Gesetz aber der Beurkundung gerade nicht. Ein weitergehender Schutzzweck kommt dagegen § 313 BGB nicht zu. Die Besonderheiten der notariellen Beurkundung und insbes. Sinn und Zweck des § 313 BGB schließen somit die Umdeutung nicht aus.

1) so z.B. in RGZ 110, 391ff.

bb) Sinn und Zweck des § 766 BGB; insbes. die Umdeutung einer Bürgschaft in einen Kreditauftrag

Hat der Bürge seine Bürgschaftserklärung nicht in der Schriftform gem. § 766 BGB, sondern z.B. nur mündlich abgegeben¹⁾, ist der Bürgschaftsvertrag gem. §§ 766, 125 BGB nichtig. Es kann sich deshalb die Frage stellen, ob der nichtige Bürgschaftsvertrag als formlos möglicher Kreditauftrag i.S.d. § 778 BGB aufrechterhalten werden kann.

Zeiss²⁾ lehnt eine derartige Umdeutung mit der Begründung ab, auf diese Weise würde die Formvorschrift des § 766 BGB illusorisch. Es könne nicht Zweck der Umdeutung sein, einer Partei, die den Schutz des § 766 BGB genießt, diesen ohne rechtfertigenden Grund zu nehmen. Zum Vergleich zieht Zeiss die Umdeutung nichtiger Bürgschaftsverpflichtungen in eine Schuldmitübernahme oder einen Garantievertrag heran.³⁾ Diese sei nur zulässig bei klaren Anzeichen für ein eigenes sachliches Interesse des Bürgen. Die vom Tatbestand des § 140 BGB an sich mögliche Umdeutung sei gleichwohl unzulässig, wenn der die Nichtbeachtung des § 766 BGB rechtfertigende Grund, nämlich das eigene sachliche Interesse des Interzedenten, nicht vorliege. Andererseits könne der Schutzzweck des § 766 BGB dann nicht umgangen werden, wenn eine für die Bürgschaft sprechende Interessenlage vorliege, also eine mit Rücksicht auf die Person des Hauptschuldners - oft aus altruistischen Gründen - übernommene Haftung.⁴⁾

In der Tat würde der Schutz des Bürgen, der durch § 766 BGB gewährleistet werden soll, in untragbarer Weise unterlaufen,

- 1) Der Schriftform bedarf es jedoch nicht, wenn die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, § 350 HGB.
- 2) Zeiss, WM 1963, 906, 910; zustimmend BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöller § 140 Rdn. 18; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 2, a, ff.
- 3) Zeiss, WM 1963, 906, 910 unter Bezugnahme auf RGZ 64, 318, 320; 71, 113, 118.
- 4) Zeiss, WM 1963, 906, 910; a.A.: Schütz, WM 1963, 1051, 1052, der meint, daß auch der Bürge in aller Regel "ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung habe".

wenn die formnichtige Bürgschaftserklärung "in aller Regel", wie es Zeiss¹⁾ befürchtet, in einen Kreditauftrag umgedeutet werden könnte. Denn der Kreditauftraggeber, dessen Position der Bürge einnehmen würde, haftet gem. § 778 BGB dem Kreditgeber für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Schuldners als Bürge. Während also die Formnichtigkeit des mündlichen Bürgschaftsversprechens gem. §§ 766, 125 BGB den Bürgen gerade vor der Bürgenhaftung schützen wollte, würde dieselbe Haftung durch die Umdeutung der nichtigen Erklärung in einen Kreditauftrag gem. § 778 BGB wieder eingeführt. Dieser Widerspruch der Anordnungen der §§ 766, 125 BGB einerseits und des § 778 BGB andererseits würde eine Umdeutung aus Sinn und Zweck des § 766 BGB, nämlich den Bürgen bei Nichteinhaltung der Form von der Haftung als Bürgen zu befreien, ausschließen.²⁾

Dennoch braucht der Anwendungsbereich des § 140 BGB nicht mit Rücksicht auf den Zweck des § 766 BGB eingeschränkt zu werden. Die Umdeutung eines nichtigen Bürgschaftsvertrages in einen Kreditauftrag scheitert bereits daran, daß die Voraussetzungen des § 140 BGB nicht vorliegen: Die größte Ähnlichkeit hat der Bürgschaftsvertrag mit einem Kreditauftrag, wenn der Bürge sich für einen von dem Gläubiger noch auszahlenden Kredit verbürgt. Ein Bürgschaftsvertrag liegt vor, wenn sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger, also z.B. der Bank, verpflichtet, für die zukünftige Darlehensverpflichtung des Schuldners einzustehen. Ein Kreditauftrag i.S.d. § 778 BGB ist dagegen ein (echter) Auftrag, durch den sich der Auftragnehmer, das ist der Gläubiger, gegenüber dem Auftragnehmer, der der Person des Bürgen entspricht, verpflichtet, dem Schuldner im eigenen Namen und für eigene Rechnung Kredit zu geben.³⁾ Hierin liegt der wesentliche Unterschied des Kreditauftrages insbes. zur Kreditbürgschaft. Fehlt es an einer entsprechenden Verpflichtung des

1) Zeiss, WM 1960, 906, 910.

2) im Grundsatz ebenso Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5 a.E.; Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld, S. 119; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 107.

3) RGZ 151, 93, 100; BGH DB 1956, 890 m.w.N.; Schütz, WM 1963, 1051.

Auftragnehmers, so kann nur einfache - formbedürftige - Bürgschaft oder ggf. ein Garantievertrag vorliegen.¹⁾

Als echter Auftrag ist dem Kreditauftrag wesentlich, daß der Auftragnehmer, also die Bank, durch die Gewährung des Kredits an den Schuldner für den Auftraggeber, d.h. in dessen eigenem Interesse an der Gewährung des Kredits tätig wird.²⁾ Nur wenn der Auftraggeber ein solches eigenes Interesse an der Kreditgewährung an den Dritten hat, ist es denkbar, daß der Auftragnehmer durch die betreffenden Vereinbarungen zur Auszahlung des Kredits an den Schuldner gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet werden soll. Dieser Unterschied des Kreditauftrags zur Bürgschaft zeigt sich besonders deutlich, wenn der Kredit noch nicht ausgezahlt worden ist. Liegt einfache Bürgschaft vor, so kann der Bürge die Gewährung des Kredits nicht verlangen. Kann der Gläubiger z.B. das Geld besser verzinslich oder mit größeren Sicherheiten anderweitig anlegen, so steht es ihm frei, den Kredit neu zu vergeben, ohne dadurch Vertragspflichten gegenüber dem Bürgen zu verletzen und Gefahr zu laufen, schadensersatzpflichtig zu werden. Haben die Beteiligten dagegen einen Kreditauftrag geschlossen, so kann der Auftraggeber Auszahlung des Kredits an den Dritten verlangen, auch wenn die Kreditierung für den Gläubiger ungünstig oder unsicher ist. Dem Kreditauftragnehmer steht lediglich ein Kündigungsrecht nach § 671 Abs. 2 BGB zu.³⁾

Tatbestandlich unterscheiden sich somit Kreditauftrag und Bürgschaft dadurch, daß sich beim ersteren der Auftraggeber und Auftragnehmer aufgrund eines eigenen, erkennbaren Interesses an der Kreditgewährung an den Schuldner über die Verpflichtung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber zur Kreditgewährung an den Schuldner einig sind. Dies erkennt Zeiss⁴⁾, wenn

1) Palandt-Thomas § 778 Anm. 1.

2) Palandt-Thomas § 778 Anm. 1; vgl. auch Münch Komm-Hüffer § 778 Rdn. 3 und 8.

3) vgl. Palandt-Thomas § 778 Anm. 3, a; vgl. dazu RG WarnR 1912 Nr. 106.

4) Zeiss, WM 1963, 906, 908.

er davon ausgeht, daß der Bürgschaftsvertrag sich mit dem Auftragsverhältnis nach §§ 662, 675 BGB decke und das eigene Interesse des Auftraggebers nicht so wesentlich sei, daß bei seinem Fehlen kein Kreditauftrag angenommen werden könne. Ein Bürgschaftsvertrag enthält somit bereits tatbestandlich nicht einen Kreditauftrag.¹⁾

Auch in den Rechtsfolgen ergeben sich Unterschiede: Für die Verpflichtung des Auftraggebers verweist § 778 BGB auf Bürgschaftsrecht. Allerdings bestehen darüberhinaus die Pflichten nach dem allgemeinen Auftragsrecht, also insbes. die Pflicht zum Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB und Sorgfalts- und Fürsorgepflichten gegenüber dem Auftragnehmer.²⁾ Diese Verpflichtungen bestehen für den Bürgen gegenüber dem Gläubiger nicht. Andererseits erhöhen sich durch die Umdeutung auch die Verpflichtungen des Auftragnehmers und Gläubigers. Denn durch den Kreditauftrag wird er zur Gewährung des Kredits gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, was bei einer Bürgschaft nicht der Fall ist. Außerdem haftet (auch) der Kreditauftragnehmer dem Auftraggeber nach allgemeinem Auftragsrecht. Ihn treffen demnach anders als bei der Bürgschaft besondere Sorgfaltspflichten als vertragliche Nebenpflichten gegenüber dem Auftraggeber. So hat er beispielsweise den Auftraggeber ggf. über die Verhältnisse des Schuldners aufzuklären oder sogar von der Kreditgewährung ganz Abstand zu nehmen, wenn dies das Interesse des Auftraggebers erfordert.³⁾ Dies ist bei der Bürgschaft nicht der Fall.⁴⁾

Die nichtige Bürgschaft entspricht somit aus zwei Gesichtspunkten nicht den inhaltlichen Erfordernissen eines Kreditauftrages: Zum einen fehlt es an einem vertraglich zugrundegelegten eigenen Interesse des Auftraggebers an der Verpflichtung des Auf-

1) ebenso im Grundsatz Reinicke, Rechtsfolgen, S. 107, 108; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5 a.E.; a.A. ohne nähere Begründung Schütz, WM 1963, 1051, 1052f.

2) Palandt-Thomas § 778 Anm. 3, a; dagegen ist die sich aus § 669 BGB ergebende Vorschußpflicht des Auftraggebers beim Kreditauftrag ausgeschlossen, vgl. Palandt-Thomas § 778 Anm. 3 a.

3) RG JW 1912, 910.

4) BGH WM 1963, 24ff; vgl. auch Schütz, WM 1963, 1051.

tragnehmers zur Kreditgewährung an den Schuldner. Zum anderen würden sich die Verpflichtungen des Bürgen als Kreditauftraggeber und die Pflichten des Gläubigers als Kreditauftragnehmer durch die Umdeutung des Bürgschaftsvertrages in einen Kreditauftrag erhöhen.¹⁾ Es besteht nach allem somit kein Grund, den Anwendungsbereich des § 140 BGB mit Rücksicht auf den Formzweck des § 766 BGB einzuschränken, weil es bereits an den Voraussetzungen des § 140 BGB fehlt.

Erst recht aber kann ein nichtiger Bürgschaftsvertrag wegen der weitergehenden Wirkungen nicht als Schuldübernahme oder als Garantievertrag aufrechterhalten werden²⁾, wie es Zeiss³⁾ offenbar für zulässig hält. Die Entscheidungen des RG, die Zeiss zum Beleg seiner These heranzieht⁴⁾, betreffen Fälle, in denen keine Bürgschaft, sondern Schuldübernahme oder Garantie wirklich gewollt waren.⁵⁾ Einer Umdeutung gem. § 140 BGB bedurfte es deshalb nicht.

cc) Sinn und Zweck des § 34 GWB; Scheinbindung an das unerkant-
(form-)nichtige Geschäft

Beschränkt ein Vertrag den einen Vertragsbeteiligten darin, Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben, so ist er als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB nach § 34 S. 1 GWB "schriftlich abzufassen".⁶⁾ Nach S. 2 dieser Vorschrift ist § 126 Abs. 1 BGB anzuwenden. Der Zweck des § 34 GWB besteht nach allgemeiner Ansicht in erster Linie darin, den Kartell-

1) Dies verkennt insbes. auch Schütz, WM 1963, 1051, 1052, 1053, der auf diese Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB nicht eingeht.

2) ebenso z.B. Münch Komm-Pecher Vor § 765 Rdn. 17.

3) Zeiss, WM 1963, 906, 910.

4) Zeiss, WM 1963, 908, 910.

5) vgl. RGZ 64, 318, 320 und RGZ 71, 113, 118.

6) zu den Besonderheiten des Schriftformerfordernisses gem. § 34 GWB vgl. insbes. Emmerich, NJW 1980, 1363, 1364 m.w.N.

behörden, die nach § 18 Abs. 1 GWB die betreffenden Vereinbarungen für unwirksam erklären und verbieten können, und den Gerichten die Kontrolle über die ausnahmsweise zugelassenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu ermöglichen.¹⁾ Es soll also durch die schriftliche Abfassung des betreffenden Vertrages gewährleistet werden, daß die Kontrollbehörden ohne großen Aufwand aus den Vertragsurkunden den Inhalt der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen entnehmen und damit die Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 18 GWB prüfen können, ohne langwierige und schwierige Nachforschungen über etwaige zusätzliche mündliche Abreden anstellen zu müssen.²⁾ Demgegenüber treten die allgemeine Funktion der Schriftform, die Parteien vor Über-eilung zu schützen, und die Beweisfunktion in den Hintergrund.³⁾

Ist die Schriftform nicht oder nicht vollständig eingehalten, weil z.B. im Rahmen eines Automatenaufstellvertrages aus der Vertragsurkunde die Anzahl und die Art der von der Ausschließlichkeitsbindung erfaßten Geräte nicht ersichtlich sind, so ist dieser Vertrag gem. § 125 BGB nichtig.⁴⁾ Es kann sich deshalb die Frage stellen, ob der betreffende Vertrag ohne die Ausschließlichkeitsbindung, der formfrei möglich gewesen wäre, nach § 140 BGB aufrechterhalten werden kann.⁵⁾ Das OLG Celle⁶⁾ hat eine derartige Umdeutung u.a. deshalb abgelehnt, weil Sinn und Zweck des § 34 GWB der Aufrechterhaltung des betreffenden Automatenaufstellvertrages ohne die Ausschließlichkeitsklausel

- 1) vgl. Immenga/Mestmäcker-Emmerich § 34 Rdn. 10 m.w.N.; GWB-Gemeinschaftskommentar-Bemsch § 34 Rdn. 2; Emmerich, NJW 1980, 1363, 1364; Müller/Gries § 34 Rdn. 1; Tetzner, NJW 1968, 386; Karstädt, NJW 1968, 1509, 1510; Wahl, JZ 1968, 739; Bechtold §§ 34-37 Anm. 2, a; aus der Rspr. vgl. insbes. BGHZ 53, 304, 306, 307; 54, 145, 148; 72, 371, 377; BGH NJW 1979, 2247; weitere Nachweise bei Emmerich, NJW 1980, 1363, 1364 Fn. 4.
- 2) Emmerich, NJW 1980, 1363, 1364; ähnlich Karstädt, NJW 1968, 1509, 1510 m.w.N.
- 3) so Häsemeyer S. 178, der die Beweis- und Warnkraft als bloßen "Reflex" des öffentlichen Zweckes ansieht.
- 4) Immenga/Mestmäcker-Emmerich § 34 Rdn. 106, 107.
- 5) zu den Voraussetzungen des § 140 BGB vgl. o. S. 204f.
- 6) OLG Celle NdsRpfl 1975, 89ff = BB 1975, 390.

entgegenstünden. Denn wenn eine derartige Umdeutung möglich sei, hat das OLG¹⁾ ausgeführt, "würden sich die Parteien an die Ausschließlichkeitsbindung halten, die nach der Auffassung des Senats nicht besteht". Auf diese Weise, heißt es weiter²⁾, komme es "in dem Wirtschaftszweig der Automatenaufsteller und demjenigen der Gastwirte zu einem massenweisen Auftreten von Scheinbindungen und einem entsprechenden Unterlaufen der Kartellaufsicht".

Dem OLG ist zuzugeben, daß das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Formgebots nach § 34 GWB einer Umdeutung entgegenstehen könnte, wenn die Aufrechterhaltung nach § 140 BGB ein massenweises Auftreten von Scheinbindungen zur Folge hätte, das zu einem Unterlaufen der Kartellaufsicht führen würde. Denn dann würde die Aufrechterhaltung eines nach § 34 GWB formwidrigen Vertrages ohne Ausschließlichkeitsbindung des Wirts den Zielen des GWB im allgemeinen entgegenstehen. Dies ist jedoch nicht der Fall: Zu einer (zwar gesetzwidrigen aber praktisch befolgten) Scheinbindung kann es kommen, wenn der Gastwirt irrtümlicherweise von der Wirksamkeit der getroffenen (formwidrigen) Vereinbarungen ausgeht und in dem Glauben, an den betreffenden Aufsteller gebunden zu sein, es unterläßt, mit weiteren bzw. anderen Automatenaufstellern Verträge abzuschließen. Die falsche Vorstellung der Vertragsparteien über die Wirksamkeit des Vereinbarten ist aber ein Problem, das sich nicht erst durch die Besonderheiten des § 34 GWB für die Umdeutung stellt, sondern das bei § 140 BGB allgemein auftreten kann. Voraussetzung der Umdeutung ist es, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages keine Kenntnis von der Nichtigkeit des Vereinbarten hatten, sondern von dessen Wirksamkeit ausgingen.³⁾ Solange die Unwirksamkeit des betreffenden Geschäfts nicht aufgedeckt ist, werden sich die Parteien dementsprechend in aller Regel an die getroffenen Vereinbarungen auch gebunden fühlen.

1) OLG Celle NdsRpfl 1975, 89, 94f; zustimmend Immenga/Mestmäcker-Emmerich § 34 Rdn. 112; Emmerich, NJW 1980, 1363, 1367f; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1, a, ff.

2) OLG Celle NdsRpfl 1975, 89, 95.

3) dazu s. o. S. 254ff.

Das vom OLG angesprochene Problem zeigt sich auch in den Fällen, in denen das umgedeutete Geschäft sich von dem nichtigen dadurch unterscheidet, daß es widerruflich, anfechtbar oder kündbar ist: Solange der Schuldner von diesem Recht nichts weiß, ist ihm faktisch nicht geholfen. Hat z.B. der Erblasser in einem unerkannt formwidrigen Erbvertrag letztwillig verfügt, so glaubt er, aufgrund der beabsichtigten erbvertraglichen Bindungswirkung nicht neu testieren zu können. Und es ist denkbar, daß er nur aufgrund der vermeintlichen erbvertraglichen Bindung es unterläßt, anderweitig zu testieren. Gleichwohl ist die Umdeutung eines Erbvertrages in ein Einzeltestament möglich¹⁾, ohne daß die Umdeutung von der Kenntnis der Widerruflichkeit des als Einzelverfügung aufrechtzuerhaltenden nichtigen Erbvertrages abhängig gemacht würde.²⁾ Ähnlich ist die Situation, wenn eine unwiderruflich erteilte und deshalb formwidrige Vollmacht zur Grundstücksveräußerung als eine widerrufliche und deshalb formfrei mögliche aufrechterhalten wird.³⁾ Kennt der Vollmachtgeber die Widerruflichkeit nicht und widerruft er deshalb die Vollmacht bis zum Geschäftsabschluß nicht oder nicht rechtzeitig, so stehen sich die unwiderrufliche und die widerrufliche Vollmacht i.E. gleich. Das Geschäft kommt zustande. Dennoch ist eine Umdeutung möglich. Der Zweck der betreffenden Formvorschrift steht dem nicht entgegen. Es genügt, daß die Vollmacht widerrufen werden kann. Dagegen ist es nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß dem Vollmachtgeber die Widerruflichkeit bekannt ist.⁴⁾ Daß die Parteien von der Wirksamkeit und damit von der Verbindlichkeit des Vereinbarten ausgehen, steht somit einer Umdeutung des gem. § 34 GWB formnichtigen Automatenaufstellvertrages nicht entgegen.

Die Umdeutung könnte aber ein vermehrtes Auftreten von Scheinbindungen fördern, wenn die gerichtliche Konversionspraxis den Automatenaufstellern einen Anreiz bieten würde, Verträge mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln

1) vgl. o. S. 176f.

2) vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 109.

3) vgl. dazu o. S. 202ff.

4) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 108, 109.

wie etwa den Ausschließlichkeitsbindungen, in formwidriger Weise abzuschließen, um auf diese Weise unter Umgehung bzw. Erschwerung kartellbehördlicher Aufsicht den Gastwirt, der die Unwirksamkeit der Vereinbarung nicht kennt, zu einer tatsächlichen ausschließlichen Bindung an ihn zu veranlassen. Dies setzt allerdings auf Seiten des Aufstellers Kenntnis von der Formbedürftigkeit der betreffenden wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen voraus. Die Umdeutung kommt deshalb ohnehin nur unter der Einschränkung der einseitigen Kenntnis der Nichtigkeit zum Zuge. Dabei käme, wie oben bereits angesprochen¹⁾, dem (gutgläubigen) Gastwirt ein Wahlrecht zu, an dem Vertrag in umgedeuteter Form festzuhalten oder es bei der endgültigen Nichtigkeit zu belassen. Der Aufsteller, der bewußt die Unkenntnis des Gastwirts über die wahre Rechtslage ausnutzt, um diesen faktisch an ihn zu binden, kann also nicht damit rechnen, daß die Gerichte den wegen der wettbewerbsbeschränkenden Ausschließlichkeitsbindung formnichtigen Vertrag als einen solchen ohne die betreffende Klausel im Wege der Umdeutung gelten lassen werden. Hat dagegen auch der Gastwirt Kenntnis von der Formbedürftigkeit der betreffenden Vereinbarung, so ist eine Umdeutung ohnehin ausgeschlossen.²⁾

Inwiefern ein massenweises Auftreten von Scheinbindungen, wie es das OLG Celle befürchtet, durch die Umdeutung ausgelöst oder gefördert werden könnte, ist demnach nicht erkennbar. Der BGH³⁾ hat dementsprechend in einem ähnlichen Fall die Bedenken des OLG Celle nicht geteilt und darüberhinaus mit Recht die Ansicht vertreten, es sei jedenfalls nicht ersichtlich, inwiefern wegen eines massenweisen Auftretens von Scheinbindungen hinsichtlich der Ausschließlichkeitsbindung des Gastwirts die Kartellaufsicht unterlaufen würde. Unter dem Gesichtspunkt der Mißbrauchskontrolle sei vielmehr allein die Überprüfung derjenigen Verträge angezeigt, die eine "wirksame Wettbewerbs-

1) s. o. S. 259ff, 261f.

2) vgl. o. S. 259ff.

3) BGH NJW 1980, 2517 = BB 1980, 852f; ablehnend Immenga/Mestmäcker-Emmerich § 34 Rdn. 112; zustimmend jedoch Langen § 34 Rdn. 9.

beschränkung zum Inhalt haben".¹⁾ Sinn und Zweck des § 34 GWB schließen demnach die Umdeutung wettbewerbsrechtlicher Vereinbarungen nicht aus.

Insgesamt besteht somit kein Bedürfnis, die Umdeutung formwideriger Geschäfte durch Sinn und Zweck der Formvorschriften einzuschränken.

d) Aushöhlung der Nichtigkeitsnorm; insbes. die Umdeutung zustimmungsbedürftiger Geschäfte i.S.d. §§ 1365, 1366 BGB

Ein Ehegatte kann sich gem. § 1365 Abs. 1 BGB nur mit Einwilligung des anderen verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Fehlt es an der erforderlichen Zustimmung, weil der andere Ehegatte nicht eingewilligt oder seine Genehmigung verweigert hat, so ist der Vertrag gem. § 1366 Abs. 4 BGB endgültig unwirksam.²⁾ Sinn und Zweck dieser Vorschriften bestehen darin, zum einen zu verhindern, daß ein Ehegatte gegen den Willen des anderen durch Weggabe seines ganzen Vermögens der Familie die wirtschaftliche Grundlage entzieht. Zum anderen soll die Anwartschaft des anderen Ehegatten auf den Zugewinnausgleich gem. § 1378 BGB bei Beendigung des gesetzlichen Güterstandes geschützt werden.³⁾ Wie oben bereits angesprochen, hat der BGH⁴⁾ einen Vertrag, durch den der (verheiratete) Großvater "im Wege der verfrühten Erbfolge" seinem Enkel "zu sofortigem Eigentum" seinen Grundbesitz übertragen wollte, der sein ganzes Vermögen darstellte und deshalb gem. § 1365 Abs. 1 BGB zustimmungsbedürftig war, die Zustimmung jedoch nicht er-

1) BGH NJW 1980, 2517.

2) vgl. o. S. 40f.

3) Dölle, Familienrecht I, § 52 I, S. 749ff; BGB-RGRK-Finke § 1365 Rdn. 1; Münch Komm-Gernhuber § 1365 Rdn. 1f; Staudinger-Thiele § 1365 Rdn. 2; Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 2; Sandrock, FS Bosch, S. 841, 845, 846; Reinicke, BB 1957, 564.

4) BGHZ 40, 218ff, dazu o. S. 41; bestätigt in BGH FamRZ 1980, 765, 767 = WM 1980, 895, 898 = BGHZ 77, 293ff (insoweit dort jedoch nicht abgedruckt).

teilt wurde, als Erbvertrag aufrechterhalten.¹⁾ Einen solchen Erbvertrag hätte der Großvater auch ohne Zustimmung seiner Ehegattin schließen können. § 1365 BGB findet nach allgemeiner Ansicht nur auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nicht aber auch auf Verfügungen von Todes wegen Anwendung, auch wenn der Erblasser hierdurch sein gesamtes Vermögen einem Dritten und Familienfremden von Todes wegen zuwendet.²⁾ Denn durch die Einführung des § 1365 BGB durch das sog. Gleichberechtigungsgesetz³⁾ und durch die Neuordnung des ehelichen Güterrechts sollte der das Erbrecht beherrschende Grundsatz der Testierfreiheit nicht berührt werden.⁴⁾ Den Rechten der übergangenen Verwandten wird also im Erbrecht lediglich durch das Pflichtteilsrecht gem. §§ 2303ff BGB Rechnung getragen.

Die Revision in dem vom BGH entschiedenen Falle⁵⁾ hatte gegen die Umdeutung eingewandt, deren Zulassung würde dazu führen, daß nahezu jede Übergabe, die nach § 1366 Abs. 4 BGB endgültig unwirksam sei, mit dem Tode des Übergebers als ersatzweise gewollte erbvertragliche Regelung wirksam sein würde und auf diese Weise die Rechte des anderen Ehegatten aus §§ 1365, 1366 BGB ganz erheblich ausgehöhlt werden könnten. Auch Tiedtke⁶⁾ hat sich gegen die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts, das nach §§ 1365, 1366 BGB wegen Verweigerung der erforderlichen Genehmigung nichtig ist, in einen Erbvertrag ausgesprochen. Er ist der Ansicht, der Zweck dieser Vorschriften, die die Nichtigkeit der betreffenden Geschäfte anordnen und die eine Heilung dieser Geschäfte beim Tode des Ehegatten, der das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, ausschließen, verbiete auch eine derartige Umdeutung.⁷⁾

1) zustimmend Leipold, Rdn. 308, S. 136.

2) vgl. bGB-RGRK-Finke § 1365 Rdn. 8 und § 1371 Rdn. 5 und 11.

3) Gesetz v. 18.6.1957, BGBI I 609 (BGBI III 4 Nr. 400 - 3), Art. 1 Nr. 9.

4) BGHZ 40, 218, 224, 225.

5) BGHZ 40, 218ff.

6) Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 4f.

7) ebenso Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 20.

Diese Bedenken sind m.E. nicht begründet: Zwischen dem Übergabevertrag unter Lebenden und dem im Wege der Umdeutung aufrechterhaltenen Erbvertrag bestehen erhebliche Unterschiede. Insbesondere findet der Rechtsübergang an dem Vermögen nicht vor Ableben des verfügenden Ehegatten statt. Auf diese Weise bleibt die wirtschaftliche Grundlage der Familie zumindest noch zu Lebzeiten des vertragsschließenden Ehegatten erhalten. Nach dessen Tod geht allerdings das verfügte Vermögen aufgrund des als Erbvertrag aufrechterhaltenen Geschäfts auf den Bedachten über. Den Übergangenen Familienangehörigen steht dann lediglich ein Pflichtteilsrecht zu. Daß der Erblasser die Familie übergeht und einen Dritten zum Alleinerben eingesetzt hat, ist ihm aufgrund der ihm gewährten Testierfreiheit unbenommen. Das umgedeutete Geschäft entspricht somit dem Gesetz, ohne daß dessen Wirkungen als rechtlich unerwünscht gelten. Es besteht deshalb kein Grund, den Willen des verfügenden Ehegatten entgegen § 140 BGB nicht zu verwirklichen. §§ 1365, 1366 BGB wollen nur eine Entziehung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Familie ohne Zustimmung des anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verhindern. Dagegen bieten diese Vorschriften keine Handhabe, vor einer Verfügung von Todes wegen zu schützen, durch die mit Wirkung vom Tode des einen Ehegatten an wirtschaftlich dasselbe erreicht wird.

Auch die Anwartschaft des anderen Ehegatten auf den Zugewinnausgleich gem. §§ 1371ff BGB wird nicht geschmälert, wenn der Güterstand noch zu Lebzeiten des anderen Ehegatten z.B. durch Scheidung beendet wird. Daß der eine Ehegatte über sein Vermögen im Rahmen des (in einen solchen umgedeuteten) Erbvertrages letztwillig verfügt hat, beeinflußt die Höhe des güterrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach §§ 1371ff BGB nicht. Denn für die Berechnung des Endvermögens sind gem. § 1375 Abs. 1 S. 1 BGB von dem Vermögen, das dem Ehegatten zur Zeit der Beendigung des Güterstandes gehört, lediglich die Verbindlichkeiten abzuziehen. Unter Verbindlichkeiten i.S. dieser Vorschrift werden aber nur die privat- oder öffentlichrechtlichen Schulden und dinglichen Lasten des Ehegatten verstanden. Letztwillige Verfügungen schmälern dagegen den Aktivbestand des End-

vermögens auch dann nicht, wenn sie z.B. im Rahmen eines Erbvertrages getroffen und deshalb bindend sind.¹⁾

Wird dagegen der Güterstand durch Tod des verfügenden Ehegatten beendet, so ist der Überlebende Ehegatte zwar wegen des (im Wege der Umdeutung an Stelle des nichtigen Übergabevertrages geltenden) Erbvertrages, durch den dem Dritten das gesamte Vermögen des Verstorbenen letztwillig zugewandt worden ist, weder gesetzlicher noch gewillkürter Erbe geworden. In diesem Falle kann der Überlebende Teil aber gem. §§ 2303 Abs. 2 S. 2, 1371 Abs. 2 BGB u.a. den Zugewinnausgleich gem. §§ 1373ff, 1390 BGB (und ggf. den Pflichtteil) von den Erben verlangen. Das erbrechtlich einem anderen zugewandte Vermögen wird auch in diesem Falle nicht zum Abzugsposten vom Aktivvermögen des verfügenden Ehegatten.²⁾ Die Umdeutung eines nach §§ 1365f BGB unwirksamen Übergabevertrages in einen Erbvertrag schmälert somit die Anwartschaft auf den Zugewinnausgleich des anderen Ehegatten nicht. Inwieweit durch die Umdeutung der Schutzzweck der §§ 1365ff BGB unterlaufen werden könnte, ist deshalb nicht ersichtlich.

Außerdem könnte der Zweck dieser Vorschriften, die wirtschaftlichen Grundlagen der Familie zu erhalten und die Anwartschaft des anderen Ehegatten auf den Zugewinnausgleich zu sichern, nur unterlaufen werden, und es könnte von einer Aushöhlung der in §§ 1365f BGB geschützten Rechte der Familie und des anderen Ehegatten nur dann die Rede sein, wenn, wie es insbes. Tiedtke³⁾ befürchtet, im Wege der Umdeutung wirklich jeder oder nahezu jeder gegen § 1365 BGB verstoßende Vertrag als Erbvertrag oder sonstige Verfügung von Todes wegen gem. § 140 BGB aufrechterhalten werden könnte, wenn die Umdeutung also nicht die Ausnahme, sondern eher die Regel wäre. Diese Gefahr besteht indessen nicht. Denn die Umdeutung eines nichtigen Rechtsge-

1) BGH FamRZ 1969, 207, 208; Soergel-H. Lange § 1375 Rdn. 8 und § 1374 Rdn. 8; Münch Komm-Gernhuber § 1375 Rdn. 13.

2) Die Berechnung ist die gleiche, als wenn der Güterstand zu Lebzeiten beendet worden wäre, vgl. Münch Komm-Gernhuber § 1371 Rdn. 42, 44; vgl. auch Reinicke, DB 1960, 1267, 1268ff.

3) Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 5.

schäfts ist nur unter den engen objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 140 BGB zulässig.¹⁾ Auch wenn die Rechtsordnung ein anderes Rechtsgeschäft zur Verfügung stellt, mit dem die Parteien ihre Ziele hätten verwirklichen können, und auch wenn das nichtige Geschäft dessen Erfordernissen entspricht, so kommt eine Umdeutung nur in Frage, wenn anhand konkreter Anhaltspunkte die Annahme gerechtfertigt ist, daß die Parteien die Geltung des anderen Geschäfts bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt haben würden.²⁾ Solche besonderen Umstände, die ausnahmsweise die Umdeutung des nichtigen Übergabevertrages in einen Erbvertrag rechtfertigen konnten, lagen in der o.a. Entscheidung des BGH³⁾ darin, daß der Großvater die Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vornahm und im gleichen Zuge seine früheren testamentarischen Verfügungen widerrief. Diese besonderen Umstände machten deutlich, daß er durch den Übergabevertrag (auch) bereits die Vermögensverhältnisse nach seinem Tod regeln wollte. Deshalb war (ausnahmsweise) die Annahme gerechtfertigt, daß er bei Kenntnis der Nichtigkeit des Übergabevertrages unter Lebenden einen Erbvertrag abgeschlossen haben würde.⁴⁾ Hätten dagegen solche besonderen Umstände nicht festgestellt werden können, so wäre die Umdeutung nicht möglich gewesen.⁵⁾

Häufig wird die Umdeutung auch deshalb scheitern, weil die Parteien von der Genehmigungsbedürftigkeit und damit von der (schwebenden) Unwirksamkeit des Geschäfts Kenntnis hatten.⁶⁾ Insbes. bei notariellen Verträgen wird der Notar die Vertragsschließenden über die Notwendigkeit der Genehmigung durch den nicht beteiligten Ehegatten des Veräußerers belehren. Schließen die Parteien gleichwohl den Vertrag in der Hoffnung, die

1) im einzelnen o. S. 7ff, 219ff.

2) zum subjektiven Tatbestand des § 140 BGB vgl. o. S. 219ff.

3) BGHZ 40, 218ff.

4) vgl. o. S. 248f.

5) Insoweit fehlt es auch in BGHZ 77, 293ff = FamRZ 1980, 765 = WM 1980, 895 an besonderen Anhaltspunkten zu dem (mitgeteilten) Sachverhalt.

6) zur Frage der Unkenntnis der Nichtigkeit vgl. im einzelnen o. S. 254ff.

Genehmigung werde erteilt, und wird diese sodann verweigert, so ist eine Umdeutung nicht möglich. Die bloße Hoffnung auf das Wirksamwerden des Vertrages wird in § 140 BGB nicht geschützt. Wollen die Parteien sichergehen, daß das Geschäft nicht durch die Verweigerung der Zustimmung vereitelt wird, so können und müssen sie (ggf. als Hilfsvereinbarung) einen nicht genehmigungsbedürftigen Erbvertrag schließen. Unterlassen sie dies, so kann ihnen eine Umdeutung mangels Unkenntnis der Nichtigkeit des vorgenommenen Geschäfts nicht helfen.

Die engen Voraussetzungen der Umdeutung sind somit nicht grundsätzlich bei jedem nichtigen Rechtsgeschäft, sondern nur in besonders gelagerten Einzelfällen erfüllt. Zwar gibt es für die Umdeutung typische Fälle. Dennoch bleibt es im Grundsatz bei der Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts. Liegen dagegen die Voraussetzungen des § 140 BGB vor, insbes. weil die Parteien in Unkenntnis der wahren Sach- und Rechtslage zur Verwirklichung ihrer legitimen Ziele sich eines untauglichen rechtlichen Mittels bedient haben, die Rechtsordnung aber einen anderen Weg kennt, der ganz oder teilweise zum gewünschten Ziel führt und dessen Voraussetzungen das nichtige Geschäft erfüllt, und kann darüberhinaus angenommen werden, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit diesen anderen Weg eingeschlagen hätten, so befiehlt § 140 BGB die Geltung des anderen Geschäfts. Dieser Gesetzesbefehl ist zu respektieren. Der durch §§ 1365, 1366 BGB sicherlich bezweckte Schutz des anderen Ehegatten und der Familie tritt gegenüber der Durchsetzung des in Unkenntnis der Rechtslage fehlgeschlagenen Willens des anderen Ehegatten nach § 140 BGB in den Hintergrund: Wenn nämlich der Ehegatte in Unkenntnis der wahren Rechtslage gehandelt hat, den gem. § 1365 BGB zustimmungsbedürftigen Vertrag ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten geschlossen hat und seine Absichten bei Vertrags-schluß auch dahin gingen, seine Vermögensverhältnisse nach seinem Tod zu regeln, so daß die Annahme gerechtfertigt ist, daß er bei Kenntnis der Zustimmungsbedürftigkeit eine Verfügung von Todes wegen gewollt haben würde, dann gebührt der Durchsetzung dieses Willens nach der gesetzlichen Wertung in § 140 BGB der Vorrang vor den in §§ 1365, 1366 BGB zum Ausdruck ge-

langten Schutzgedanken zugunsten des anderen Ehegatten und der Familie. Genausowenig wie diese Vorschriften davor schützen, daß ein Ehegatte zugunsten Dritter, familienfremder Personen letztwillig verfügt, sollen sie verhindern, daß im Wege der Umdeutung ausnahmsweise unter den engen Voraussetzungen des § 140 BGB der in Unkenntnis der wahren Rechtslage fehlgeschlagene Wille in der Form einer an sich nicht zu beanstandenden und genehmigungsfrei möglichen Verfügung von Todes wegen wenigstens zum Teil Geltung erlangt. Liegen die Voraussetzungen der Konversion vor, so müssen es der andere Ehegatte und die Familie hinnehmen, daß möglicherweise das betreffende Geschäft des einen Ehegatten als letztwillige Verfügung wirksam bleibt. Dem Schutz der Familie ist dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß das Geschäft als Rechtsgeschäft unter Lebenden unwirksam ist und bleibt und lediglich in umgedeuteter Form, nämlich als Verfügung von Todes wegen, die gem. §§ 1365, 1366 BGB nicht zu beanstanden ist, Geltung erlangt. Mit einem derartigen Geschäft müssen die Familienangehörigen rechnen, da sie es ohnehin nicht verhindern könnten.¹⁾ Der BGH hat dementsprechend zu Recht die Bedenken der Revision, die Umdeutung könne zu einer Aushöhlung des Schutzes des anderen Ehegatten führen, zurückgewiesen.²⁾

Auch stellt, wie Tiedtke³⁾ es annimmt, die Ablehnung der Heilung eines ohne Zustimmung gem. §§ 1365f BGB geschlossenen Vertrages durch den Tod des verfügenden Ehegatten einerseits und die Zulassung der Umdeutung andererseits keinen Widerspruch dar, der zur Ablehnung auch der Umdeutung nötigen würde. In der unterschiedlichen Behandlung von Heilung und Umdeutung könnte nur dann ein derartiger Widerspruch liegen, wenn Voraussetzung und Folgen der beiden Institute ganz oder zumindest im wesentlichen gleich wären, so daß eine unterschiedliche Handhabung nicht gerechtfertigt wäre. Nur dann könnte es nicht hingenommen werden, die Heilung des entgegen §§ 1365f BGB ohne die erforderliche Zustimmung geschlossenen Vertrages durch den

1) ähnlich BGHZ 40, 218, 223.

2) BGH a.a.O.

3) Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 4f.

Tod des vertragsschließenden Ehegatten abzulehnen, im gleichen Zuge aber die Umdeutung des Geschäfts in eine letztwillige Verfügung zugunsten des familienfremden Dritten zuzulassen. Eine derartige Gleichheit besteht jedoch nicht, wie sich insbes. an den Folgen zeigt: Würde das ohne Zustimmung geschlossene Geschäft über das ganze Vermögen mit dem Tod des vertragsschließenden Ehegatten geheilt, so würde es als Rechtsgeschäft unter Lebenden wirksam. Die mit dem Geschäft (möglicherweise sogar unentgeltlich) dem Dritten zugewandten Vermögenswerte fielen deshalb nicht in den Nachlaß oder würden diesen, sofern der Vertrag zu Lebzeiten des Erblassers noch nicht erfüllt wurde, ganz erheblich belasten. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bzw. , wenn er enterbt ist, sein Pflichtteilsrecht wären im Ergebnis nicht viel wert, weil der Nachlaß leer oder mit ihn erschöpfenden Ansprüchen des Dritten als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.d. § 1967 Abs. 2 (1. Fall) BGB belastet wäre. Darüberhinaus käme es zu einer unerträglichen Aushöhlung der in §§ 1365f BGB geschützten Rechte der Familie auf breiter Linie, weil jeder ohne die erforderliche Zustimmung geschlossene Vermögensübertragungsvertrag mit dem Tod des vertragsschließenden Ehegatten geheilt würde. Aus diesen Gründen wird von der h.M.¹⁾ die Konvaleszenz zu Recht abgelehnt. Anders liegt es hingegen im Falle der Umdeutung: Das gem. §§ 1365f BGB zustimmungsbedürftige Geschäft bleibt auch mit dem Tode des Erblassers als Rechtsgeschäft unter Lebenden unwirksam. Gültigkeit kann es gem. § 140 BGB allen-

1) BGHZ 77, 293 (LS zu c)) und 300; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 505, 506; Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 2; Dittmann, DNotZ 1963, 707, 712; Staudinger-Thiele § 1365 Rdn. 106 m.w.N.; Münch Komm-Gernhuber § 1366 Rdn. 35; Palandt-Diederichsen § 1365 Anm. 4; Reinicke, BB 1957, 564, 567f; Beitzke, Familienrecht, § 14 II 4, S. 107; a.A.: Staudinger-Felgentraeger (10./11. Aufl.) § 1365 Rdn. 104, 106; a.A. als die h.M. für den Fall, daß der überlebende Ehegatte den (vertragsschließenden) Erblasser allein beerbt (insoweit in BGHZ 77, 293, 300 offen gelassen): BGB-RGRK-Finke § 1366 Rdn. 20, 21 und Soergel-H. Lange § 1366 Rdn. 35, die § 185 Abs. 2 (3. Fall) BGB analog anwenden wollen; dagegen zu Recht Tiedtke, FamRZ 1981, 1, 2; ebenso Reinicke, NJW 1972, 1786, 1788 Fn. 11 und ders., BB 1957, 564, 567, 568.

falls als Verfügung von Todes wegen (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) erlangen. Dies hat aber zur Folge, daß die in dem Vertrag dem Dritten zugewandten Gegenstände und Vermögenswerte voll in den Nachlaß fallen und dementsprechend bei der Bemessung des Pflichtteilsrechts zugunsten der Familie zu Buche schlagen. Hinterläßt beispielsweise der Erblasser, der zu Lebzeiten sein Vermögen im Werte von insgesamt 100.000,- DM entgegen §§ 1365f BGB einem Dritten zuwenden wollte, allein seine Ehefrau, so würde diese im Falle der Heilung des Vermögensübertragungsvertrages (als Erbin oder Pflichtteilsberechtigte) nichts bekommen, weil der Nachlaß leer wäre. Im Falle der Umdeutung in einen Erbvertrag, der die Einsetzung des Dritten zum Alleinerben enthielte, würde ihr dagegen als Pflichtteil gem. §§ 2302 Abs. 2 und 1 S. 2, 2311 Abs. 1 BGB die Hälfte des Nachlaßwerts (nach Berücksichtigung der dem Pflichtteilsrecht vorrangigen Nachlaßverbindlichkeiten), mithin ein Betrag von (etwa) 50.000,- DM zustehen. Während also im Falle der Heilung der gem. §§ 1365f BGB bezweckte Schutz der Familie (völlig) unterlaufen würde, bleibt auch bei Zulassung der Umdeutung der Schutz der Familie im Rahmen des Pflichtteilsrechts (voll) erhalten. Da darüberhinaus die Umdeutung nicht stets, sondern nur unter den engen Voraussetzungen des § 140 BGB in Betracht kommen kann, bestehen hinsichtlich der Voraussetzungen und Folgen der Umdeutung und Heilung so gravierende Unterschiede, daß eine unterschiedliche Handhabung der Institute berechtigt ist und auch im Hinblick auf den Schutzzweck der §§ 1365f BGB keinen Wertungswiderspruch darstellt. Sinn und Zweck der §§ 1365f BGB stehen somit einer Umdeutung nicht entgegen.

e) Die Umdeutung gemeinschaftlicher Testamente; §§ 2265, 2268 und 2270 BGB als gesetzliche Umdeutungsverbote

Besondere Fragen werden bei der Umdeutung gemeinschaftlicher Testamente aufgeworfen: Nach § 2265 BGB kann ein gemeinschaftliches Testament "nur von Ehegatten" errichtet werden. Ist die Ehe i.S.d. § 2077 Abs. 1 S. 1 BGB nichtig, so ist das gemein-

schaftliche Testament gem. § 2268 Abs. 1 BGB "seinem ganzen Inhalte nach unwirksam". Gestützt auf diese Formulierungen wird insbes. in der Rechtslehre zum Teil die Ansicht vertreten, § 2265 BGB¹⁾ und § 2268 Abs. 1 BGB²⁾ enthielten gesetzliche Umdeutungsverbote. Darüberhinaus treffen die Vorschriften über das gemeinschaftliche Testament in den §§ 2270 Abs. 1 BGB und 2268 Abs. 2 BGB Regelungen, die für den Bestand der betreffenden Verfügungen auf einen hypothetischen Willen abstellen. Auch für diese Fälle stellt sich die Frage, ob die Umdeutung einer danach ggf. unwirksamen Verfügung zulässig ist oder ob die Konversion durch die betreffenden Regelungen vollständig verdrängt wird.

aa) Unwirksamkeit der Verfügung infolge der Nichtigkeit der anderen, § 2270 BGB; Unwirksamkeit der Verfügung im Falle des § 2268 Abs. 2 BGB

Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde und die deshalb wechselbezüglich sind, so hat nach § 2270 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge. In der Rechtsprechung und Rechtslehre wird die Frage diskutiert, ob die nach § 2270 Abs. 1 BGB (infolge des Widerrufs oder der Nichtigkeit der anderen ebenfalls) unwirksame Verfügung im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden kann.³⁾ Dies wird

- 1) vgl. z.B. Goßrau, NJW 1947/48, 365, 366, der jedoch dem gesetzlichen Umdeutungsverbot durch eine begriffliche Einschränkung des gemeinschaftlichen Testaments ausschließlich auf Verfügungen von Ehegatten (nicht Nicht-Ehegatten) ausweichen will, vgl. a.a.O., S. 367; vgl. aus der Rspr. insbes. RGZ 87, 33ff.
- 2) vgl. insbes. Lutter, FamRZ 1959, 273, 274f; Goßrau, NJW 1947/48, 365, 366; ähnlich KGJ 35 A 93, 96.
- 3) für die Zulässigkeit der Umdeutung vgl. OLG Koblenz NJW 1947/48, 384; Lange/Kuchinke § 33 IV 1 b, S. 489 Fn. 81; Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 146ff; i.E. auch Goßrau, NJW 1947/48, 365, 367; Bühler, DNotZ 1962, 359, 373; a.A.: Lutter, FamRZ 1959, 273, 274; KG OLGZ 1969, 252 = NJW 1969, 798.

mit dem Argument gefordert, auch im Falle der Wechselbezüglichkeit solle gem. § 140 BGB die Entscheidung über die Geltung oder Nichtgeltung der Verfügung davon abhängig sein, ob der Erblasser eine nicht bindende, frei widerrufliche und von der Gültigkeit der (nichtigen oder widerruflichen) Verfügung des anderen unabhängige Verfügung immer noch lieber gesehen hätte als die Nichtigkeit der eigenen.¹⁾ Weiter wird vertreten²⁾, daß zwar die Lebenserfahrung dagegen spreche, daß der Erblasser die isolierte Geltung seiner wechselbezüglichen Verfügungen in einem Einzeltestament wolle. Dieser Erfahrungssatz sei aber aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall durchaus widerlegbar. Wann ein solcher Fall gegeben sein kann, wird dagegen nicht gesagt.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Denn es fehlt nach dem gesetzlichen Regelungssystem bei wechselbezüglichen Verfügungen jedenfalls an dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB, so daß eine Umdeutung mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der nach § 2270 BGB unwirksamen Verfügung schon am Tatbestand des § 140 BGB scheitern würde. Für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB wäre darauf abzustellen, ob anzunehmen ist, daß die Geltung der Verfügung des einen Teils bei Kenntnis der Nichtigkeit oder des Widerrufs der Verfügung des anderen Teils gewollt sein würde. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments an.³⁾ Stehen die Verfügungen in einem Wechselbezüglichkeitsverhältnis - und nur in diesem Falle hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen gem. § 2270 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit der anderen, um deren Aufrechterhaltung es geht, zur Folge -, so ist mit der Feststellung der Wechselbezüglichkeit über die Frage, die nach dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB zu beantworten wäre, bereits (negativ) entschieden: § 2270 Abs. 1 BGB definiert wechselbezügliche Verfügungen gerade als solche, von denen anzunehmen

1) so Lange/Kuchinke § 33 IV 1 b, S. 489 Fn. 81; Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 146ff.

2) Münch Komm-Musielak § 2265 Rdn. 8, 9 und § 2268 Rdn. 15.

3) vgl. für den maßgeblichen Zeitpunkt o. S. 280.

ist, daß die eine nicht ohne die andere getroffen sein würde. Auch für die Feststellung der Wechselbezüglichkeit kommt es auf den Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments an¹⁾, so daß diese Erwägungen mit denen des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB identisch sind. In Fällen der Wechselbezüglichkeit fehlt es demnach stets am subjektiven Tatbestand des § 140 BGB, so daß eine Umdeutung ausscheidet.²⁾ Die Regelung in § 2270 Abs. 1 BGB verdrängt somit § 140 BGB vollständig.

Sind die Verfügungen dagegen nicht wechselbezüglich, so greift die Nichtigkeitsfolge gem. § 2270 Abs. 1 BGB nicht ein. Die Verfügung des anderen Ehegatten, von der demgemäß anzunehmen ist, daß sie auch ohne die andere getroffen sein würde, bleibt wirksam. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie für sich allein genommen den Erfordernissen eines Einzeltestaments gem. § 2247 BGB genügt. Eine Umdeutung scheidet aus. Sie scheitert bereits daran, daß kein nichtiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB vorliegt.

Dagegen darf die in § 2270 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Wechselbezüglichkeit der Verfügung nicht mit der Gegenseitigkeit der Verfügung verwechselt werden.³⁾ Hat jeder Ehegatte in dem gemeinschaftlichen Testament jeweils den anderen zum Erben eingesetzt, so daß die Verfügungen in einem Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen, so wird gem. § 2270 Abs. 2 BGB vermutet, daß die gegenseitigen Verfügungen auch wechselbezüglich sind.

- 1) zur Auslegung vgl. im einzelnen v. Lübtow S. 490ff und Soergel-Wolf § 2270 Rdn. 7ff; für Zeitpunkt bei der Auslegung gemeinschaftlicher Testamente vgl. Soergel-Damrau § 2084 Rdn. 21 m.w.N.; Kipp/Coing § 21 III 3, S. 139.
- 2) Dies gilt auch z.B. bei gemeinschaftlichen Testamenten von Nicht-Ehegatten, wenn nur eine der (wechselbezüglichen) Verfügungen der Form für Einzeltestamente entspricht, vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 112, 113; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 17; Kipp/Coing § 34 I, S. 225; v. Lübtow S. 482, 483; Erman-Hense § 2265 Rdn. 2; Dittmann/Reimann/Bengel § 2265 Anm. 6; i.E. BGB-RGRK-Johannsen § 2265 Anm. 2 m.w.N.; Brox, Erbrecht, Rdn. 178; Bartholomeyczik/Schlüter § 26 III 2 c, S. 172 (anders noch in 10. Aufl., vgl. dort § 26 II 2, S. 164); Soergel-Wolf § 2165 Rdn. 4; ebenso KG OLGZ 1969, 252, 253.
- 3) unklar insoweit Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 146ff; dazu sogleich.

Diese gesetzliche Vermutung ist aber als Auslegungsregel ("im Zweifel") widerlegbar.¹⁾ Wird sie widerlegt, so fehlt es auch bei gegenseitigen Verfügungen an der Wechselbezüglichkeit, so daß die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen gem. § 227o BGB nicht die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Die andere Verfügung bleibt also wirksam, ohne daß es einer Umdeutung bedarf. Die bloße Gegenseitigkeit der (nicht wechselbezüglichen) Verfügungen ändert hieran nichts.

Kanzleiter²⁾ unterscheidet innerhalb der wechselbezüglichen Verfügungen solche, die in einem "strengen Wechselverhältnis" stehen, und solche, bei denen jeder Beteiligte seine Verfügungen "nicht nur" für den Fall der Wirksamkeit der anderen getroffen hat, sondern (lediglich) unter der Voraussetzung, daß die Verfügung des anderen Beteiligten "nach außen hin - wenn auch rechtsunwirksam - verlautbart werde und von ihm tatsächlich gewollt war". In dem letzteren Falle könne die gem. § 227o Abs. 1 BGB ebenfalls nichtige andere Verfügung gem. § 14o BGB aufrechterhalten werden. Eines Rücksgriffs auf § 14o BGB bedarf es aber auch in diesen Fällen nicht. Denn wenn die Beteiligten ihre Verfügungen nicht von dem rechtlichen Bestand der anderen abhängig machen wollten, dann fehlt es an der Wechselbezüglichkeit und damit an der Unwirksamkeit der anderen Verfügung i.S.d. § 227o Abs. 1 BGB.

Ähnlich wie bei § 227o Abs. 1 BGB ist die Situation nach § 2268 Abs. 2 BGB: Auch hier wird der Bestand der gem. §§ 2268 Abs. 1. i.V.m. 2o77 BGB dem Grundsatz nach unwirksamen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament für die in § 2268 Abs. 2 BGB im einzelnen aufgeführten Fälle, insbes. im Falle der Scheidung und Auflösung der Ehe, davon abhängig gemacht, ob anzunehmen ist, daß die Verfügung auch für diesen Fall getroffen sein würde. Kann dies nicht festgestellt werden, kann also nicht angenommen werden, daß die Ehegatten den jeweils anderen zu Alleinerben eingesetzt hätten, wenn sie bei Errichtung des gemein-

1) vgl. Palandt-Edenhofer § 227o Anm. 2; Kipp/Coing § 35 II 1 und 2, S. 227ff; Soergel-Wolf § 227o Rdn. 9.

2) Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 146f.

schaftlichen Testaments geahnt hätten, daß die Ehe eines Tages geschieden werden würde, und ist deshalb das gemeinschaftliche Testament gem. § 2268 Abs. 1 BGB unwirksam, so hat es wenig Sinn, noch zu fragen, ob nicht ggf. die den Erfordernissen von Einzeltestamenten entsprechenden Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden können. Denn hierbei käme es letztlich wiederum auf die Frage an, ob anzunehmen ist, daß die Geltung der jeweiligen Einzelverfügung bei Kenntnis der Nichtigkeit des gemeinschaftlichen Testaments, d.h. bei Kenntnis der Auflösung der Ehe durch Scheidung, gewollt sein würde. Diese Frage ist aber im Rahmen des § 2268 Abs. 2 BGB - und nur in diesem Falle sind die Verfügungen gem. § 2268 Abs. 1 BGB unwirksam - bereits negativ beantwortet. Die Umdeutung scheitert damit jedenfalls am subjektiven Tatbestand des § 140 BGB.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden: Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten, die gem. § 2270 Abs. 1 BGB oder § 2268 Abs. 2 BGB unwirksam sind, können nicht im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden. Die Regelungen in diesen Vorschriften verdrängen § 140 BGB vollständig.

bb) Unwirksamkeit beider Verfügungen im Falle der Ehenichtigkeit, § 2268 Abs. 1 BGB

Ist die Ehe der Parteien nichtig i.S.d. § 2077 Abs. 1 BGB, so ist das gemeinschaftliche Testament gem. § 2268 Abs. 1 BGB "seinem ganzen Inhalte nach" unwirksam. Die Fälle, in denen eine Ehe vernichtet werden kann, sind in §§ 17 - 21 EheG abschließend aufgeführt. Danach kommt die Nichtigkeit nur in Betracht, wenn die Eheschließung nicht formgerecht erfolgte (§ 17 EheG), wenn einer der Ehegatten geschäftsunfähig war (§ 18 EheG), im Falle der Doppelehe (§ 20 EheG) und im Falle der Verwandtschaft bzw. Schwägerschaft i.S.d. § 4 EheG (§ 21 EheG). Die Besonderheit besteht darin, daß im Falle der durch Nichtigkeitsurteil ausgesprochenen Ehenichtigkeit die Ehe als von Anfang an nicht geschlossen angesehen wird¹⁾, während in

1) vgl. Palandt-Diederichsen Einf. v. § 16 EheG Anm. 1, b.

den sonstigen Fällen der Eheauflösung, auf die sich § 2268 Abs. 2 BGB bezieht, also insbes. die Scheidung und die Aufhebung der Ehe gem. §§ 28ff EheG, die Ehe nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) entfällt.¹⁾

Zu der Frage, ob die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen der Ehegatten im Falle der Ehenichtigkeit gem. § 2268 Abs. 1 BGB im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden können, werden im wesentlichen drei Ansichten vertreten: Nach einer Meinung²⁾ soll die Umdeutung der nach § 2268 Abs. 1 BGB nichtigen Verfügung in Einzeltestamente oder auch in einen Erbvertrag unbeschränkt zulässig sein. Der Wortlaut des § 2268 Abs. 1 BGB "seinem ganzen Inhalte nach unwirksam" stehe einer Umdeutung nicht entgegen. Denn diese Vorschrift ordne lediglich die Ungültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments als solches an. Dagegen werde durch die Vorschrift nicht entschieden, ob die Aufrechterhaltung der einzelnen Verfügungen im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB möglich sei. Nach der Gegenmeinung³⁾, die sich hauptsächlich auf den Wortlaut des § 2268 Abs. 1 BGB stützt, enthält die Vorschrift dagegen ein gesetzliches Umdeutungsverbot, das die Aufrechterhaltung der in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen gem. § 140 BGB ausschließe. Nach einer Mittelmeinung⁴⁾ enthält § 2268 Abs. 1 BGB zwar grundsätzlich ein gesetzliches Umdeutungsverbot. Nach § 140 BGB könnten aber Anordnungen in dem gemeinschaftlichen Testament aufrechterhalten werden, die dritte Personen begünstigen, mit der Ehe nichts zu tun hätten und durch sie auch nicht beeinflußt seien.

Der Ansicht, die in § 2268 Abs. 1 BGB ein gesetzliches Umdeutungsverbot für alle Fälle sieht, ist der Vorzug zu geben. Sie

1) Palandt-Diederichsen § 37 EheG Anm. 1.

2) Münch Komm-Musielak § 2268 Rdn. 15; ähnlich Kanzleiter, DNotZ 1973, 133, 141f; Bartholomeyczik/Schlüter § 26 III 1 b, S. 171.

3) insbes. Lutter, FamRZ 1959, 273, 274f; Goßrau, NJW 1947/48, 365f.

4) Erman-Hense § 2268 Rdn. 1; Palandt-Edenhöfer § 2268 Anm. 1; Lange/Kuchinke § 38 I 2, S. 569, insbes. fn. 5.

entspricht den Vorstellungen und Zwecken des Gesetzgebers am besten: Daß Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten im Falle der Ehenichtigkeit unabhängig von ihrer Wechselbezüglichkeit gem. § 2268 Abs. 1 BGB nichtig sind und auch nichtig bleiben sollen, ohne die Möglichkeit, ihnen im Wege der Umdeutung zur Geltung zu verhelfen, ergibt sich aus der gesetzlichen Systematik von § 2268 Abs. 1 und Abs. 2 BGB selbst: Der Absatz 1 dieser Vorschrift stellt den Grundsatz auf, wonach gemeinschaftliche Testamente in allen Fällen des § 2077 BGB ihrem ganzen Inhalte nach unwirksam sind. Dieser Grundsatz greift ein bei Nichtigkeit der Ehe (vgl. § 2077 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB), bei Auflösung der Ehe vor dem Tod des Erblassers (§ 2077 Abs. 1 S. 2, 2. Fall BGB), wenn im Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte (§ 2077 Abs. 1 S. 2 BGB) oder der Erblasser zur Zeit seines Todes (berechtigterweise) Klage auf Aufhebung der Ehe erhoben hatte (§ 2077 Abs. 1 S. 3 BGB). Der Absatz 2 des § 2268 BGB schränkt demgegenüber den Grundsatz für alle Fälle außer der Ehenichtigkeit dahin ein, daß die Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament insoweit wirksam bleiben, als anzunehmen ist, daß sie auch im Falle der Scheidung usw. getroffen sein würden. In all diesen Fällen (aber auch nur in diesen Fällen) macht also das Gesetz die Wirksamkeit der einzelnen Verfügungen von dem (hypothetischen¹⁾) Willen der Ehegatten abhängig. Daß der Fall der Ehenichtigkeit in § 2268 Abs. 2 BGB gerade nicht mitaufgenommen worden ist, macht deutlich, daß die Wirksamkeit der Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament in diesem Falle, also bei Nichtigkeit der Ehe, anders als in den sonstigen Fällen gerade nicht von dem hypothetischen Willen abhängig sein, sondern es bei der endgültigen Unwirksamkeit verbleiben soll. Ließe man dagegen auch im Falle der Ehenichtigkeit die Umdeutung des gem. § 2268 Abs. 1 BGB nichtigen gemeinschaftlichen Testaments in die Einzelverfügungen zu, so würde der eindeutige Gesetzesbefehl des § 2268 Abs. 1 und Abs. 2 BGB durchkreuzt.

1) vgl. o. S. 220ff.

Denn nach § 140 BGB wäre die Aufrechterhaltung der betreffenden Verfügung u.a. davon abhängig, ob der Testator seine in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Verfügung auch dann getroffen hätte, wenn er die Nichtigkeit der Ehe gekannt hätte. Diese Erwägung, die nach dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB anzustellen wäre, entspricht aber vollkommen derjenigen, die nach § 2268 Abs. 2 BGB über die Geltung der Verfügungen in den sonstigen Fällen des § 2077 BGB außer der Ehenichtigkeit entscheidet. Im Ergebnis würden also die Beschränkungen der Regelung des § 2268 Abs. 2 BGB auf die sonstigen Fälle des Wegfalls der Ehe und die ausdrückliche Ausnahme der Ehenichtigkeit von dieser Regelung im Wege der Umdeutung unterlaufen.

Die unterschiedliche Behandlung der Fälle der Ehenichtigkeit und der sonstigen Fälle der Auflösung der Ehe ist auch in der Sache gerechtfertigt. Als Grundlage für die Zulassung des gemeinschaftlichen Testaments wurde das Bedürfnis gesehen, Ehegatten die Möglichkeit zu geben, nicht nur während der Dauer der Ehe alle wichtigen Angelegenheiten im beiderseitigen Einverständnis zu erledigen, sondern auch für den Todesfall ihre Verhältnisse durch gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen zu regeln.¹⁾ Sieht man also als Grundlage der gemeinschaftlichen Testierung die Ehe an, so ist es folgerichtig, die betreffenden Verfügungen als endgültig unwirksam anzusehen, wenn diese Grundlage mit Wirkung ex tunc durch das Nichtigkeitsurteil entfällt. Wird dagegen die Ehe, wie im Falle des § 2268 Abs. 2 BGB, nur mit Wirkung ex nunc gelöst, so hat die Ehe als Grundlage für das gemeinschaftliche Testament zumindest bis zu diesem Zeitpunkt bestanden. Man mag diese Unterscheidung als unzweckmäßig ansehen. An diese klare gesetzgeberische Entscheidung ist der Richter jedoch gebunden.

Dies gilt auch für Verfügungen, die Dritte begünstigen und mit der Ehe in keinem Zusammenhang stehen. In den Beratungen der zweiten Kommission wurde dieses Problem gesehen und dementsprechend der Abs. 2 des § 2268 BGB angefügt.²⁾ Weil diese Regelung

1) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines BGB, S. 281.

2) vgl. Protokolle V 448.

aber gerade nicht im Falle der Ehenichtigkeit eingreifen soll, ist davon auszugehen, daß alle Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, auch solche, die Dritte begünstigen und nicht ehebedingt sind, als endgültig unwirksam angesehen werden sollen. Im übrigen ist die Unterscheidung zwischen ehebedingten und eheunabhängigen Verfügungen unpraktikabel: Eheunabhängig können Verfügungen ja auch sein, wenn nicht ein Dritter eingesetzt wird, sondern der andere Ehegatte und umgekehrt. Letztlich würde deshalb die Zulassung der Umdeutung eheunabhängiger Verfügungen auch im Falle der Ehenichtigkeit darauf hinauslaufen zu fragen, ob die Eheleute die betreffenden Verfügungen auch bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe gewollt hätten. Dies gerade soll aber nach der Systematik des § 2268 Abs. 1 und Abs. 2 BGB im Falle der Ehenichtigkeit nicht zulässig sein. Auch die vermittelnde Ansicht ist deshalb abzulehnen.

Im Falle der Ehenichtigkeit sind somit alle Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament gem. § 2268 Abs. 1 BGB endgültig unwirksam ohne Rücksicht darauf, ob sie ehebedingt oder eheunabhängig sind. § 2268 Abs. 1 BGB enthält ein gesetzliches Umdeutungsverbot.

cc) § 2265 BGB als gesetzliches Umdeutungsverbot für gemeinschaftliche Testamente von Nichtehegatten

Wie oben bereits angesprochen wurde, greift § 140 BGB bei einem gemeinschaftlichen Testament, das entgegen § 2265 BGB von Nichtehegatten errichtet worden ist, seinem Sinn und seinem Tatbestand nach an sich ein, so daß einzelne Verfügungen, die die Voraussetzungen der Einzeltestamente erfüllen, gem. § 140 BGB aufrechterhalten werden können.¹⁾ Dennoch wurde insbes. in der älteren Rechtsprechung die Umdeutung abgelehnt, da § 2265 BGB insoweit ein gesetzliches Umdeutungsverbot enthalte.²⁾

1) vgl. dazu o. S. 199ff.

2) insbes. RGZ 87, 33ff, dazu sogleich; vgl. weiterhin KGJ 35 A 93; KG JFG 14, 160; BayObLGZ 19 A 211, 213; ebenso noch OLG Neustadt NJW 1958, 1785f; im Grundsatz auch Goßrau, NJW 1947/48, 365, 367.

So hat das RG¹⁾ die Aufrechterhaltung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem sich zwei Schwestern gegenseitig zu Erben eingesetzt hatten, und das die eine handschriftlich abgefaßt und unterschrieben und die andere nur mitunterzeichnet hatte, als Einzelverfügung derjenigen, die diesen Text geschrieben hatte, mit der Begründung abgelehnt²⁾, es sei mit § 2265 BGB nicht in Einklang zu bringen, wenn gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen von Nicht-Ehegatten in irgendeiner Weise als letztwillige Verfügungen Wirksamkeit erlangten. Denn die Unzuträglichkeiten, die durch die Zulassung gemeinschaftlicher Verfügungen zu befürchten seien, nämlich zumindest bei wechselseitigen Verfügungen den wirklichen Willen der Verfügenden zu ermitteln, und die "wenigstens tatsächliche Beengung der freien Widerruflichkeit", würden noch größer sein, wenn den letztwilligen Verfügungen von Nicht-Ehegatten als Einzeltestamenten Geltung verschafft werden wollte, als sie wären, wenn die Bestimmungen, die das Gesetz für die gemeinschaftlichen Ehegattentestamente, insbes. in den §§ 227a, 2271, 2272 BGB vorsieht, auch auf sie zur Anwendung kämen.

Diese Argumentation ist zu Recht auf Kritik gestoßen.³⁾ In den Gesetzesmaterialien kommt zwar die deutliche Abneigung der ersten und zweiten Kommission gegen gemeinschaftliche Testamente generell zum Ausdruck. Anhaltspunkte, wonach der Gesetzgeber die in dem gemeinschaftlichen Testament abgegebenen Willenserklärungen als rechtlich nicht existent ansehen wollte, so daß auch eine Umdeutung unzulässiger gemeinschaftlicher Testamente von Nicht-Ehegatten ausgeschlossen sein sollte, sind dagegen nicht vorhanden. Mit der Aufrechterhaltung gemeinschaftlicher Testamente von Nicht-Ehegatten im Wege der Konversion befassen sich weder die Motive⁴⁾ noch die Protokolle.⁵⁾ Jedenfalls hat

1) RGZ 87, 33ff.

2) RGZ 87, 33, 35.

3) vgl. insbes. Lutter, FamRZ 1959, 273, 274; Münch Komm-Musielak § 2265 Rdn. 5; vgl. i.E. die Nachweise u. S. 334 Fn. 1.

4) vgl. Motive V 253ff.

5) Protokolle V 423ff.

ein Konversionsverbot nicht Ausdruck im Gesetz gefunden. Zwar mag es zutreffen, daß die Schwierigkeiten bei der Feststellung des Willens insbes. bei gegenseitigen Verfügungen größer sein können, als wenn die besonderen Vorschriften und Auslegungsregeln gem. §§ 227off BGB, die auf gemeinschaftliche Testamente von Nicht-Ehegatten keine Anwendung finden können, eingriffen. Diese Auslegungsregeln kommen den Nicht-Ehegatten nicht zugute. Aber hieraus kann nicht gefolgert werden, daß nunmehr der Wille des Testierenden überhaupt nicht verwirklicht werden soll. Dies käme einer Sanktion des in unzulässiger Form erklärten Testierwillens gleich, die nicht gerechtfertigt ist und die nach dem Gesetz nicht geboten ist.

Ein Anhaltspunkt für ein derartiges Konversionsverbot findet sich allenfalls in den Motiven¹⁾ insoweit, als dort die damalige Rechtsentwicklung, soweit sie gemeinschaftliche Testamente zuließ, als eine "abwegige" bezeichnet wurde, und man es für die Aufgabe der neuen Gesetzgebung hielt, "die Betretung des rechten Weges anzubahnen. Als solcher", heißt es in den Motiven weiter²⁾, "stellt sich in den dazu angethanen Fällen die Benutzung des Erbeinsetzungsvertrages dar, welcher eine weit einfachere und klarere Rechtslage schafft". Das gesetzgeberische Bestreben ging also dahin, das gemeinschaftliche Testament als Handlungsform weitgehend zu verhindern, um an dessen Stelle den sicherlich eindeutigeren Verhältnisse schaffenden Erbvertrag zu setzen. Diese gesetzgeberischen Bestrebungen allein können aber die Auslegung des § 2265 BGB als gesetzliches Umdeutungsverbot für gemeinschaftliche Testamente von Nicht-Ehegatten nicht begründen. Denn die Verfasser des BGB hielten reziproke und sogar korrespektive Verfügungen von Nicht-Ehegatten in getrennten Akten oder Urkunden nicht für ausgeschlossen.³⁾ Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, Nicht-Ehegatten, die entgegen § 2265 BGB gemeinschaftlich verfügt haben,

1) Motive V 256f.

2) Motive V 256, 257.

3) vgl. Motive V 254.

mit der absoluten Nichtigkeit ihrer Erklärungen zu sanktionieren, wenn diese den Vorschriften über die Einzeltestamente genügen.¹⁾ § 2265 BGB enthält somit kein gesetzliches Umdeutungsverbot.

f) Ausschluß der Umdeutung bindungswidriger Verfügungen von
Todes wegen durch Sinn und Zweck der §§ 2271 Abs. 2 S. 1,
2289 Abs. 1 S. 1 BGB

Soweit Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament wechselbezügliche Verfügungen getroffen haben, kann jeder von ihnen seine Verfügungen zu Lebzeiten des anderen gem. § 2271 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2296 BGB nur durch persönliche Erklärung gegenüber dem anderen, die notariell beurkundet werden muß, widerrufen. Das Recht zum Widerruf der wechselbezüglichen Verfügung erlischt ganz mit dem Tod des anderen Teils, § 2271 Abs. 2 S. 1, 1. HS BGB. Haben die Ehegatten z.B. ein gemeinschaftliches Testament errichtet, durch das sie sich gegenseitig als Erben eingesetzt und darin bestimmt haben, daß nach dem Tod des Überlebenden Teils der beiderseitige Nachlaß z.B. an den gemeinsamen Sohn fallen soll (Berliner Testament i.S.d. § 2269 BGB), so wird die Einsetzung des Sohnes zum Schlußerben mit dem Tod des Letztversterbenden bindend. Eine spätere Verfügung, durch die der Überlebende Teil entgegen dieser Bindungswirkung eine sonstige Person letztwillig bedenkt und durch die der Nachlaß nach dem Letztversterbenden geschmälert würde, ist unwirksam.

1) heute ganz h.M., vgl. Brox, Erbrecht, Rdn. 263; Bartholomeyczik/Schlüter § 26 III 2 c, S. 172; Münch Komm-Musielak § 2265 Rdn. 5; Kipp/Coing § 34 I, S. 224f; v. Lübtow S. 482, 483; Lange/Kuchinke § 33 IV 1 b, S. 489 Fn. 81; Soergel-M. Wolf § 2265 Rdn. 4; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 3 b und Palandt-Edenhöfer § 2265 Anm. 2; ebenso Bühler, DNotZ 1962, 359, 372f; Dittmann/Reimann/Bengel § 2265 Anm. 7; ebenso OLG Koblenz NJW 1947/48, 384, 385; KG OLGZ 1969, 252, 253; NJW 1972, 2133ff; OLG Frankfurt MDR 1976, 667; wohl auch BGB-RGRK-Johannsen § 2265 Rdn. 14 unter Bezugnahme auf BGH, Beschl. v. 14.12.1955, der jedoch nicht auf § 140 BGB abstellt.

Der BGH¹⁾ hat ein Vermächtnis in einem Erbvertrag, den der Überlebende Teil mit einem Dritten geschlossen hatte, als einen durch den Tod des Erblassers aufschiebend bedingt vollzogenen schenkweisen Erlaß einer Darlehensschuld aufrechterhalten. Bereits oben wurde diese Entscheidung im Ergebnis abgelehnt.²⁾ Die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB lagen nicht vor, weil ein Rechtsgeschäft unter Lebenden gegenüber einer Verfügung von Todes wegen ein Mehr bedeutet. Darüberhinaus wird in der Rechtslehre insbes. von Tiedtke³⁾ vertreten, (auch) Sinn und Zweck des § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB schließen eine Umdeutung des Vermächtnisses in einen Erlaßvertrag aus. Tiedtke⁴⁾ bringt die Umdeutung mit der Rechtsprechung des BGH zu der sog. "Aushöhlungslosigkeit"⁵⁾ in Zusammenhang, indem er die dieser (aufgegebenen) Rechtsprechung zu Grunde liegenden Wertungen auch einer Umdeutung entgegenstellt. Im folgenden soll deshalb zunächst u.a. kurz auf diese Rechtsprechung und deren Aufgabe eingegangen werden, um auf diesem Hintergrund zu fragen, ob §§ 2271 Abs. 2 S. 1 und 2289 Abs. 1 S. 1 BGB einer Umdeutung entgegenstehen. Dabei wird sich zeigen⁶⁾, daß diesen Vorschriften ein Umdeutungsverbot nicht entnommen werden kann, daß vielmehr in den Fällen, in denen es zu einem Unterlaufen der Bindungswirkung der §§ 2271 Abs. 2, 2289 Abs. 1 BGB kommen könnte, eine Umdeutung (neben den ohnehin nicht gegebenen objektiven Voraussetzungen) auch am subjektiven Tatbestand des § 140 BGB scheitern würde. Die Frage, ob §§ 2271 Abs. 2 und 2289 Abs. 1 BGB ein gesetzliches Umdeutungsverbot enthalten, ist deshalb auf Fälle auszudehnen, in denen die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind.⁷⁾

1) BGH NJW 1978, 423ff.

2) s. o. S. 177ff.

3) Tiedtke, NJW 1978, 2572ff.

4) Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2573f.

5) dazu sogleich, S. 338ff.

6) s. u. S. 341ff.

7) dazu S. 342f.

aa) Sinn und Zweck der §§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1 S. 1
BGB im System der §§ 2286f BGB und 2301 BGB

Das in § 2271 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommende Testiervorbot wahrt die Interessen des vorverstorbenen Ehegatten, der das gemeinschaftliche Testament nicht mehr ändern oder aufheben kann, aber bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments auf dessen Bestand auch nach seinem Tode vertraute.¹⁾ Die Bindung des Überlebenden an seine Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament rechtfertigt sich aus der gemeinschaftlichen Errichtung. So wurde in den Materiellen zum BGB die freie Widerruflichkeit der Verfügungen durch den jeweils Überlebenden Ehegatten ausdrücklich abgelehnt, weil dies nicht "zu dem ... Vertragselement im gemeinschaftlichen Testament" passe.²⁾ Denn, so heißt es weiter³⁾, "nach dem bei der Errichtung des Testaments vorhandenen und beiderseits erklärten Willen der Erblasser müsse angenommen werden, daß der Überlebende Teil infolge des Erwerbes des ihm von dem Erstverstorbenen Zugedachten dem Rechte des Widerrufs seiner korrespondierenden (wechselbezüglichen) Verfügungen entsage". Entscheidender Grund für die Bindung nach § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB ist demnach das durch die Vertragsform begründete Vertrauen, das der verstorbene Ehegatte in den Fortbestand der wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Teils gesetzt hat.⁴⁾

Diesem gesetzgeberischen Ziel, eine wechselbezügliche Verfügung nach dem Tod des Erstversterbenden möglichst beständig zu machen, steht das Recht des Überlebenden gegenüber, gem. § 2286 BGB, der bei gemeinschaftlichen Testamenten entsprechend anzu-

1) BGH NJW 1960, 524, 525.

2) Protokolle V 457; vgl. schon für das gemeine Recht RGZ 6 (1882), 174, 175f.

3) Protokolle a.a.O.

4) BGHZ 30, 261, 265; KG DNotZ 1973, 158, 161 m.w.N.; ähnlich Lange/Kuchinke § 38 II 3 b, S. 573; Kipp/Coing § 35 III, S. 230.

wenden ist¹⁾, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei zu verfügen. Der in dem gemeinschaftlichen Testament bedachte Schlußerbe kann also nach dem Tod des Erstversterbenden darauf vertrauen, daß der Überlebende ihm seine erbrechtliche Stellung nicht mehr nimmt. Da der Überlebende Teil aber gem. § 2286 BGB durch Rechtsgeschäft unter Lebenden grundsätzlich frei über sein Vermögen verfügen kann, ist der Schlußerbe nicht davor geschützt, daß nach dem Tod des Letztversterbenden kein Vermögen mehr vorhanden ist. Selbst wenn der Erblasser in der Absicht, den Schlußerben zu beeinträchtigen, eine Schenkung vorgenommen hat, ist diese als Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht unwirksam. Gem. § 2287 Abs. 1 BGB, der auf bindend gewordene Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten ebenfalls entsprechend anzuwenden ist²⁾, steht dem Schlußerben allenfalls ein Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten zu.³⁾ Der Schlußerbe hat somit weder einen Anspruch noch eine Anwartschaft auf die Erbmasse inne.⁴⁾

Das Vermächtnis, durch das in dem o.a. Fall⁵⁾ der überlebende Teil dem bedachten Dritten eine Darlehensschuld erlassen wollte, war also als Verfügung von Todes wegen, die gegen die Bindungswirkung des § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB verstieß, ohne Zweifel unwirksam. Schwieriger war dagegen die Frage zu beantworten, ob das Ersatzgeschäft, nämlich der durch den Tod des Erblassers

1) ganz h.M., vgl. BGH DNotZ 1951, 343, 345; BGH DNotZ 1965, 357, 358; OGHZ 2, 160, 162 = NJW 1949, 581; Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2573; Palandt-Edenhöfer § 2286 Anm. 5 und § 2271 Anm. 3, a.

2) ganz h.M., vgl. BGHZ 82, 274, 276, 277; BGHZ 66, 8, 15; BGH DNotZ 1951, 344; OGHZ 1, 161 = MDR 1949, 287 m. Anm. v. Boehmer in MDR 1949, 287; OGHZ 2, 160, 162ff; Soergel-M. Wolf § 2271 Rdn. 27; Palandt-Edenhöfer § 2287 Anm. 1 und § 2271 Anm. 3, a; BGB-RGRK-Kregel § 2287 Rdn. 3; Johannsen, DNotZ 1977, Sonderheft, S. 69, 85, 86; anders aber, wenn der Ehegatte z. Zt. der Schenkung noch lebt, vgl. BGHZ 87, 19, 23f m.w.N.

3) vgl. BGHZ 66, 8, 15f; m. Anm. v. Johannsen in LM Nr. 6 zu § 230 Abs. 1 BGB; vgl. weiterhin ausführlich Johannsen, DNotZ 1977, Sonderheft, S. 69, 85ff und insbes. S. 76, 77 (bzgl. Testamentsaushöhlung).

4) BGH NJW 1960, 524.

5) BGH NJW 1978, 423; s. o. S. 335.

bedingt vollzogene schenkweise Erlaß als Rechtsgeschäft unter Lebenden gem. § 2286 BGB wirksam war. Dies traf zu: Als Schenkung auf den Todesfall unterliegt ein schenkweise Erlaß der Regelung des § 2301 BGB.¹⁾ Nach dessen Absatz 1 finden auf unvollzogene Schenkungen auf den Todesfall die Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Ein bloßes Versprechen, die Darlehensschuld mit dem Tod zu erlassen, wäre also gem. § 2301 Abs. 1 i.V.m. § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB nichtig gewesen. Da aber der Erlaßvertrag bereits, wenn auch bedingt, vollzogen war, galten gem. § 2301 Abs. 2 BGB die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden, so daß der Erlaßvertrag als Rechtsgeschäft unter Lebenden i.S.d. § 2286 BGB gem. § 2271 Abs. 2 BGB nicht zu beanstanden war.²⁾

bb) Die Rechtsprechung zur sog. "Aushöhlungsichtigkeit"

Nach früher ständiger Rechtsprechung³⁾ wurde von diesem System, wonach Rechtsgeschäfte unter Lebenden gem. § 2286 BGB auch dann zulässig sind, wenn sie im Ergebnis einer Verfügung von Todes wegen sehr nahe kommen, eine Ausnahme gemacht und das betreffende Geschäft als Umgehung des Testierverbots nach § 2271 Abs. 2 BGB gem. § 134 BGB als nichtig angesehen⁴⁾, wenn das Rechtsgeschäft unter Lebenden den Nachlaß in unzulässiger Weise "aushöhlte". Dies wurde angenommen, wenn der Erblasser das Testierverbot durch ein den Vollzug einer unwirksamen Verfügung von Todes wegen vorwegnehmendes Rechtsgeschäft unter Le-

1) zum Anwendungsbereich des § 2301 BGB vgl. im einzelnen Kipp/Coing § 81 III, S. 459ff.

2) Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2575, 2576.

3) vgl. BGHZ 26, 274, 276; LM Nr. 4 zu § 2271 BGB; DNotZ 1958, 654; LM Nr. 5 zu § 2287 BGB; NJW 1960, 524ff; DNotZ 1965, 617; FamRZ 1967, 382ff; NJW 1968, 2052ff; NJW 1971, 188ff; FamRZ 1971, 641ff; vgl. dazu Mattern, MDR 1960, 1ff; Johannsen, WM 1969, 1222, 1227 und WM 1973, 530, 532f.

4) BGH NJW 1960, 524, 525; i.E. ebenso Teichmann, MDR 1972, 1ff, der das Ergebnis jedoch auf eine Analogie zu §§ 2271 Abs. 2, 2289 Abs. 1 S. 2 BGB stützt, vgl. a.a.O., S. 4ff, 7.

benden zu umgehen beabsichtigte. Der BGH¹⁾ empfand es in Ablehnung an Boehmer²⁾ als ein "unabdingbares Postulat sowohl der Rechtswahrheit und Folgerichtigkeit wie der Aufrechterhaltung und Sicherung der formellen und sachlichen erbrechtlichen Sonderordnung, daß man sich gegen alle Versuche, durch Tarngeschäfte unter Lebenden die zur Teilnahme am Nachlaß Berechtigten in ihren Rechten zu schmälern, energisch zur Wehr setze. Was in fraudem legis sei, sei contra legem". Wesentliche Grundlage für die Rechtsprechung zur Testamentsaushöhlung war somit die Absicht des Überlebenden Teils, durch das Rechtsgeschäft unter Lebenden die Bindung an das gemeinschaftliche Testament zu umgehen.

Diese Rechtsprechung, die insbes. im Schrifttum auf Kritik³⁾ gestoßen war, hat der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 5.7.1972⁴⁾ aufgegeben, weil die Gesichtspunkte, die im Einzelfall den Aushöhlungscharakter des Geschäfts begründen sollten, nämlich der Zusammenhang mit einer Verfügung von Todes wegen, der Entschluß, statt einer Verfügung von Todes wegen ein lebzeitiges Rechtsgeschäft zu wählen und die wirtschaftliche Betrachtungsweise, keine klaren Kriterien dafür abgaben, ob das betreffende Geschäft den Charakter einer Verfügung von Todes wegen hatte oder nicht.⁵⁾ Wegen dieser Abgrenzungsschwierigkeiten war eine beträchtliche Rechtsunsicherheit in der Beurteilung der Gültigkeit solcher Übertragungsgeschäfte entstanden, die rechtspolitisch als besonders bedenk-

1) BGH NJW 1960, 524, 525.

2) Boehmer in: Staudinger-Boehmer (10. Aufl.) Bd. V Einl. § 27 Rdn. 18; ebenso Staudinger-Boehmer (11. Aufl.) a.a.O.

3) H. Lange, Erbrecht, § 38 II 5, S. 424; ders., NJW 1963, 1571, 1576; Dittmann, DNotZ 1958, 619ff; Boehmer, FamRZ 1961, 253ff; Lüderitz, AcP 168, 329, 339ff; Brox, Erbrecht (2. Aufl.), Rdn. 159; Speckmann, NJW 1968, 2222ff; ders., NJW 1971, 176ff; Spellenberg, FamRZ 1972, 349ff.

4) BGH, Ürt. v. 5.7.1972, abgedr. in BGHZ 59, 343ff; vgl. dazu P. Finger, FamRZ 1975, 251ff; Speckmann, NJW 1974, 341ff.

5) BGHZ 59, 343, 347.

lich empfunden wurde, weil bis zur endgültigen Klärung lange Zeit vergehen könne und dann auch die Interessen anderer Personen, etwa die von Zwangsvollstreckungsgläubigern, berührt würden.¹⁾ Nach der neueren Rechtsprechung des BGH hat es der als Schlußerbe Bedachte also aus Gründen der Rechtssicherheit hinzunehmen, daß der Überlebende Teil den Nachlaß durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden schmälert, auch wenn dies in der Absicht geschieht, die Bindungswirkung des § 2271 Abs. 2 BGB zu umgehen. Dagegen hat der BGH die Rechtsprechung zur Testamentsaushöhlung nicht aufgegeben, weil die dieser Rechtsprechung zugrundeliegenden Wertungen, nämlich ein Unterlaufen der Bindung des § 2271 Abs. 2 BGB durch rechtsmißbräuchliche Ausnutzung der durch § 2286 BGB gewährten rechtlichen Stellung zu verhindern, unzutreffend seien.

cc) Die Ansicht Tiedtkes

Auf diesem Hintergrund hat Tiedtke²⁾ gegen die Umdeutung einer bindungswidrigen letztwilligen Verfügung in ein durch den Tod des Erblassers bedingt vollzogenen schenkweisen Erlaß eingewandt³⁾, diese Rechtsprechung gehe zu weit: Habe der BGH mit der Rechtsprechung zur Aushöhlungsichtigkeit Rechtsgeschäfte unter Lebenden nach den Vorschriften über letztwillige Verfügungen behandelt, so "verwandelt er jetzt nichtige Verfügungen von Todes wegen in gültige Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Das Pendel schlägt zur anderen Seite aus". Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, "eine (sachgemäße) gesetzliche Regelung mit der Begründung zu überspielen, die Beteiligten hätten sie auch überspielen können und hätten dies getan, wenn sie die Nichtigkeit der von ihnen getroffenen Regelung gekannt hätten".

1) vgl. ausführlich BGHZ 59, 343, 347.

2) Tiedtke, NJW 1978, 2572ff; zustimmend Münch Komm-Mayer-Maly, ErgBd., § 140 zu Rdn. 26.

3) Tiedtke, NJW 1978, 2572, 2574.

Diese Argumentation überzeugt dem Ansatz nach: Es kann nicht Aufgabe des § 140 BGB sein, ein nach der Rechtsordnung an sich unerwünschtes Ergebnis, das lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit hingenommen werden muß, um den Rechtsverkehr nicht zu gefährden, nunmehr selbst durch Umdeutung herbeizuführen. § 140 BGB dient dem Zweck, dem in Unkenntnis der Rechtslage gescheiterten Willen der Parteien im Einklang mit der Rechtsordnung zum Erfolg zu verhelfen. Mit diesem Ziel wäre es unvereinbar, ein nichtiges Rechtsgeschäft als ein anderes aufrechtzuerhalten, das zwar formal nicht zu beanstanden ist, das aber nach Form, Inhalt und Zweck letztlich der Umgehung zwingender gesetzlicher Normen diene und sich somit als mißbräuchliche Ausübung bestehender Rechtspositionen darstellen würde. Die Umdeutung hat nicht die Aufgabe, derartigen Mißbräuchen auch noch Vorschub zu leisten.

Diese Erwägungen setzen freilich voraus, daß auch das umgedeutete Geschäft, als das die bindungswidrige Verfügung aufrechterhalten wird, nach den gegebenen Umständen und den Absichten der Beteiligten eine Umgehung der testamentarischen oder erbrechtlichen Bindung und damit eine Aushöhlung der erbrechtlichen Position des Schlußerben i.S.d. Rechtsprechung zur Aushöhlungsichtigkeit darstellt. Ein solcher Umgehungscharakter würde dem umgedeuteten Geschäft sicher zukommen, wenn der Erblasser sich bewußt über die Bindung an den Erbvertrag bzw. das gemeinschaftliche Testament hinweggesetzt hat. Allerdings fehlt es in einem solchen Fall an der in § 140 BGB als negatives Tatbestandsmerkmal vorausgesetzten Unkenntnis der Nichtigkeit¹⁾ der vorgenommenen Verfügung. Bei einem bewußten Verstoß gegen die Bindungswirkung scheidet deshalb die Umdeutung schon deshalb aus, weil es u.a. an den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB fehlen würde. Fraglich ist jedoch, ob von einer Aushöhlung i.S.d. Rechtsprechung zur Aushöhlungsichtigkeit auch dann gesprochen werden kann, wenn gutgläubige Parteien (in guter Absicht) entgegen der Bindungswirkung der §§ 2271 Abs. 2, 2289 Abs. 1 BGB letztwillig verfügt haben. Denn in einem solchen Falle könnte von einer Tarn- oder

1) vgl. dazu allgemein o. S. 254ff.

Umgehungsabsicht nicht die Rede sein.

Ob die bindungswidrig verfügende Erblasserin in der o.a. BGH-Entscheidung¹⁾ gut- oder bösgläubig war, ist zweifelhaft, da der mitgeteilte Sachverhalt darüber, ob die Erblasserin die durch das gemeinschaftliche Testament ausgelöste Bindungswirkung kannte oder nicht, keine Angaben enthält. Der Umstand, daß der vermächtnisweise zugewandte Erlaß der Darlehensschuld in Anerkennung der Dienste, die die beklagte Ehefrau über lange Jahre erbracht hatte, erfolgt war, spricht eher gegen die Absicht der Erblasserin, durch das Vermächtnis die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments zu umgehen. War die Erblasserin aber gutgläubig, hat sie also angenommen, sie könne die letztwillige Verfügung treffen, ohne gegen die Bindung an das gemeinschaftliche Testament zu verstoßen, so könnte man aber jedenfalls nicht sagen, daß die Rechtsordnung selbst eine Aushöhlung der in §§ 2271 Abs. 2, 2289 Abs. 1 BGB geschützten Rechtspositionen betreibe oder helfe, diese Regelungen in unzulässiger Weise zu überspielen. Daß eine bindungswidrige Verfügung nicht in eine bedingt vollzogene Schenkung umgedeutet werden kann, läßt sich deshalb m.E. nicht damit begründen, daß Sinn und Zweck der §§ 2271 Abs. 2, 2289 Abs. 1 BGB der Anwendung des § 140 BGB entgegenstünden.

Keinesfalls aber enthalten diese Vorschriften ein generelles Umdeutungsverbot bindungswidriger Verfügungen. Den Vorschriften der §§ 2271 Abs. 2 S. 1 und 2289 Abs. 1 S. 1 BGB läßt sich lediglich entnehmen, daß bindungswidrige Verfügungen keinen Bestand haben sollen. Dagegen bringen sie nicht zum Ausdruck, daß auch die Umdeutung ausgeschlossen und der Gesetzesbefehl des § 140 BGB außer Kraft gesetzt werden soll, auch wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Umdeutung erfüllt sind. Denkbar wäre insbes. die Umdeutung einer bindungswidrigen Verfügung in eine andere Verfügung von Todes wegen: Angenommen, die Ehegatten haben in einem Erbvertrag bestimmt, daß Erbeinsetzungen, die das Erbrecht des Schlußerben als solches beeinträchtigen, nicht zulässig sein sollen, dagegen der

1) BGH NJW 1978, 423ff.

überlebende Teil einzelne Anordnungen durch Vermächtnis treffen könne.¹⁾ Wenn nun der überlebende Teil, dem die Bindung an das gemeinschaftliche Testament unbekannt ist oder bei dem die gemeinschaftlichen Verfügungen einfach in Vergessenheit geraten sind, beispielsweise neben dem Schlußerben einen Dritten zum Miterben einsetzt und darüberhinaus durch eine Teilungsanordnung i.S.d. § 2048 BGB bestimmt, daß dem Dritten z.B. ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück unter Anrechnung auf seinen Erbteil im übrigen zufallen solle, so wäre es denkbar, die gem. § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB unzulässige Erbeinsetzung des Dritten in die vermächtnisweise Zuwendung des in der Teilungsanordnung bezeichneten Grundstücks umzudeuten. Auf diese Weise könnte dem in Unkenntnis der Bindungswirkung fehlgeschlagenen Willen des Erblassers auf erlaubtem Wege wenigstens teilweise zum Erfolg verholfen werden. Sinn und Zweck des § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB würden einer derartigen Umdeutung nicht entgegenstehen. Die schutzwürdigen Belange des Vorverstorbenen und des Schlußerben würden dadurch gewahrt, daß die bindungswidrige Erbeinsetzung als solche nichtig ist und bleibt. Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, § 140 BGB nicht anzuwenden, obwohl dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Ein so weitgehender Schutzzweck zugunsten des Vorverstorbenen und des Schlußerben kommt weder dem § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB noch § 2289 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

g) Vorschriften, nach denen bestimmte Vermerke und Erklärungen auf Wechseln und Schecks als "nicht geschrieben" gelten

aa) Die Interpretation des Art. 4 S. 2 SchG in Teilen der Rechtsprechung und Rechtslehre

Nach einigen Normen des Wechsel- und Scheckrechts gelten bestimmte Erklärungen und Vermerke, die auf die Papiere gesetzt

1) zur Zulässigkeit eines derartigen Vorbehalts vgl. OLG Düsseldorf OLGZ 66, 68ff; Palandt-Edenhöfer Überbl. v. § 2274 Anm. 2, b m.w.N.; auch für gemeinschaftliche Testamente enthält § 2271 Abs. 2 BGB dispositives Recht, vgl. v. Lübtow S. 504 m.w.N.

worden sind, als "nicht geschrieben". Z.B. kann gem. Art. 4 S. 1 SchG ein Scheck - anders als ein gezogener Wechsel - nicht angenommen werden. Setzt die bezogene Bank auf den Scheck dennoch einen Annahmevermerk, indem sie beispielsweise erklärt: "Dieser Scheck wird bis zur Höhe von 50.000 M ... eingelöst"¹⁾, so gilt dieser gem. Art. 4 S. 2 SchG "als nicht geschrieben". Daß der Inhaber aus dem Annahmevermerk keine scheckrechtlichen Ansprüche herleiten kann, ist nach Art. 4 SchG unzweifelhaft. Fraglich ist aber, ob dem Inhaber aufgrund der Annahme notfalls im Wege der Umdeutung ein außerscheckrechtlicher Anspruch gegen die bezogene Bank zustehen kann. Dies wird in der Rechtsprechung z.T. mit der Begründung abgelehnt, der Wortlaut des Art. 4 S. 2 SchG mache deutlich, daß die Annahmeerklärung nicht nur "als solche nichtig ist, sondern ... daß ihr, da sie 'als nicht geschrieben gilt', auch jede andere rechtliche Wirksamkeit mangelt, insbesondere ihre Umdeutung in ein Einlösungsversprechen unzulässig ist ..." ²⁾ Auch das RG ³⁾ hat die Umdeutung des Annahmevermerks auf einem Scheck abgelehnt und sich dabei u.a. auf den Wortlaut des Art. 4 S. 2 SchG gestützt. Die Rechtslehre ist dieser Argumentation z.T. gefolgt. ⁴⁾ So wird vertreten, da der Annahmevermerk auf dem Scheck gem. Art. 4 S. 2 SchG "als überhaupt nicht geschrieben" gelte, sei "also rechtlich nichts vorhanden, was umgedeutet werden könnte ..." ⁵⁾ Diese Begründungen, die darauf abstellen, daß wegen des Gesetzeswortlauts "gilt als nicht geschrieben" kein nichtiges, sondern überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliege, lassen die allgemeine Frage aufwerfen, ob in all den Fällen, in denen das Gesetz die betreffenden Vermerke und Erklärungen auf den Papieren als nicht geschrieben ansieht, die Umdeutung von vornherein ausgeschlossen sein soll. Wäre diese Frage zu bejahen, so könnte man hierin ein gesetzliches Umdeutungsverbot sehen. Diese Frage soll im folgenden erörtert werden.

1) so in RGZ 105, 361ff.

2) BGH BB 1951, 376, 377.

3) RGZ 105, 361ff.

4) Baumbach/Hefermehl Art. 4 SchG Rdn. 1; F. Keßler, Scheckgesetz, Art. 4 Anm. 2.

5) Weimar, WM 1967, 862, 864.

bb) Sonstige Fälle, in denen bestimmte Vermerke und Erklärungen als "nicht geschrieben" gelten

Im Wechsel- und Scheckgesetz findet sich die Formulierung "gilt als nicht geschrieben" in folgenden Vorschriften: Nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 WG bzw. Art. 15 Abs. 1 S. 2 SchG muß das Indossament auf einem Wechsel oder Scheck unbedingt sein. Hat der Indossant das Indossament gleichwohl von einer Bedingung abhängig gemacht, so ordnen Art. 12 Abs. 1 S. 2 WG bzw. Art. 15 Abs. 1 S. 2 SchG an, daß die betreffende Bedingung "als nicht geschrieben" gelte. Gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 WG kann die Wechselsumme nur in Sicht- oder Nachsichtwechseln verzinslich gestellt werden, wobei nach Art. 5 Abs. 2, 1. HS WG der Zinsfuß anzugeben ist. Haben die Parteien in einen Wechsel, der nicht auf Sicht oder auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lautet, dennoch einen Zinsvermerk aufgenommen, oder wird bei einem Sichtwechsel oder Nachsichtwechsel in der betreffenden Klausel der Zinsfuß nicht angegeben, so gelten die Zinsvermerke gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 WG bzw. Art. 5 Abs. 2, 2. HS WG "als nicht geschrieben". Gleiches gilt gem. Art. 7 SchG, wenn in einen Scheck eine Zinsklausel aufgenommen worden ist. Entsprechende Regelungen finden sich in Art. 9 Abs. 2, 2. HS WG bzw. Art. 12 S. 2 SchG für den Vermerk, durch den der Aussteller des Papiers seine Haftung für die Zahlung ausschließt, und in Art. 28 Abs. 1 S. 2 SchG für die Angabe auf einem Scheck, durch die die Zahlbarkeit bei Sicht verändert wird. Schließlich gelten nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 WG und Art. 19 Abs. 1 S. 2 SchG bei der Frage, ob der Inhaber durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten legitimiert ist, ausgestrichene Indossamente "als nicht geschrieben". Letztlich finden sich in Art. 37 Abs. 5 SchG und Art. 39 Abs. 3 SchG vergleichbare Regelungen.¹⁾ Danach gilt "die Streichung" der Kreuzung oder des Namens des bezeichneten Bankiers auf einem gekreuzten Scheck und die Streichung des Verrechnungsvermerks auf

1) Die Vorschriften über den gekreuzten Scheck sind allerdings noch nicht in Kraft, vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 EGSchG v. 14. 8.1933 (RGBl. I 605) i.V.m. der VO v. 28.11.1933 (RGBl. I 1019).

einem Verrechnungsscheck "als nicht erfolgt". In all diesen Fällen betrachtet das Gesetz die unerwünschten Erklärungen und Vermerke, obwohl sie abgegeben worden sind, als auf dem Papier nicht vorhanden, also als rechtlich unbeachtlich. Ihnen bleibt jede wechsel- bzw. scheckrechtliche Wirkung versagt.¹⁾

Für die Umdeutung ergeben sich damit zwei Fragen: Zum einen ist zu überlegen, welchen Einfluß die unerwünschten, als nicht geschrieben geltenden Vermerke und Erklärungen auf die Wirksamkeit des Papiers im übrigen haben. Zum anderen fragt sich, ob die betreffenden Vermerke und Erklärungen, denen die beabsichtigte wertpapiermäßige Wirkung versagt bleibt, selbst ohne jede Wirkung sind, oder ob sie ggf. gem. § 140 BGB als außerwertpapiermäßige Erklärungen Bestand haben können.

cc) Der Einfluß auf die Wirksamkeit des Papiers im übrigen

Entsprechend dem Wortlaut "gilt als nicht geschrieben" zieht die scheck- und wechselrechtliche Unwirksamkeit der Erklärungen nicht die Unwirksamkeit des gesamten Papiers nach sich. Vielmehr sind Wechsel und Scheck ohne weiteres rechtlich so zu beurteilen, als ob die Vermerke auf der Urkunde nicht vorhanden wären: Wechsel- bzw. Schecksumme bleiben trotz gegenteiligen Zinsvermerks unverzinslich, Art. 5 WG bzw. 7 SchG; die Haftung des Ausstellers bleibt bestehen, Art. 9 Abs. 2 WG bzw. Art. 12 S. 2 SchG; bedingte Indossamente gelten als unbedingte, Art. 12 Abs. 1 S. 2 WG bzw. Art. 15 Abs. 1 S. 2 SchG; der Verrechnungsscheck bleibt trotz Streichung des Vermerks Verrechnungsscheck, Art. 39 Abs. 3 SchG usw.. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Parteien den Wechsel oder Scheck auch ohne den Vermerk gewollt hätten.²⁾ Für eine Umdeutung der Wechsel und Schecks ist kein Raum. Es fehlt bereits an einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB.

1) insoweit besteht Einigkeit, vgl. z.B. zu Art. 9 Abs. 2 WG Staub/Stranz Art. 9 Anm. 14; Baumbach/Hefermehl Art. 9 WG Rdn. 3; Quassowski/Albrecht Art. 9 Rdn. 3; Hueck/Canaris § 8 VIII 1, S. 69.

2) so zu Art. 5 Abs. 2 WG (Zinsvermerk) in Abgrenzung zu § 139 BGB Staub/Stranz Art. 5 WG Anm. 2.

Dieser Sinn der hier in Frage stehenden Gesetzesformulierungen, nämlich trotz eines unerwünschten Vermerks sicherzustellen, daß das Papier im übrigen gültig bleibt, ist allgemein anerkannt¹⁾ und läßt sich u.a. aus der rechtshistorischen Entwicklung der Regelung des Art. 9 Abs. 2, 2. HS WG verdeutlichen: In Art. 8 WO²⁾ fehlte eine Regelung, wie ein Vermerk, durch den die Haftung des Ausstellers für die Zahlung ausgeschlossen werden sollte, rechtlich zu behandeln sei. Demgemäß war umstritten, ob ein entsprechender Vermerk den Wechsel insgesamt ungültig machte oder ob nur dieser Vermerk unbeachtlich sei.³⁾ Durch die Aufnahme der Regelung in Art. 9 Abs. 2, 2. HS WG, wonach der entsprechende Vermerk als nicht geschrieben gilt, wurde diese Streitfrage zugunsten der letzteren Lösung entschieden.⁴⁾ Ähnliches gilt für Art. 12 Abs. 1 S. 2 WG: Unter der Geltung der WO wurde angenommen, daß ein bedingtes Indossament nichtig sei.⁵⁾ Durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 WG wurde dann die heutige Regelung getroffen, um "unnütze Nichtigkeiten" zu vermeiden.⁶⁾

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden: Die Gesetzesformulierung "gilt als nicht geschrieben" bzw. "gilt als nicht erfolgt" hat bezüglich des gesamten Wechsels bzw. Schecks den Sinn sicherzustellen, daß die Gültigkeit des Papiers im übrigen trotz des unerwünschten Vermerks nicht berührt wird. Dabei kommt es für die Gültigkeit des Wechsels bzw. Schecks nicht darauf an, ob die Parteien bei Kenntnis der Ungültigkeit des betreffenden Vermerks den Wechsel auch ohne diesen gewollt hätten oder nicht. Für eine Umdeutung von Wechsel und Scheck ist mangels nichtigen Rechtsgeschäfts kein Raum.

1) vgl. Baumbach/Hefermehl zum WG: Art. 5 Rdn. 1, Art. 9 Rdn. 3, Art. 12 Rdn. 1; zum SchG: Art. 4 Rdn. 1, Art. 39 Rdn. 1; Staub/Stranz Art. 5 Anm. 2, Art. 9 Anm. 14, Art. 12 Anm. 4; Knur/Hammerschlag Art. 5 Anm. 2, Art. 9 Anm. 3; Stranz Art. 5 Anm. 2, Art. 9 Anm. 7.

2) WO i.d.F. der Bekanntmachung v. 3.6.1908 (RGBl. 327).

3) vgl. RGZ 37, 145, 148 und Michaelis Art. 8 Anm. 13 gegen Bernstein, JW 1927, 2972.

4) vgl. Staub/Stranz Art. 9 Anm. 14.

5) Michaelis Art. 11 Anm. 6 a.E. m.w.N.; v. Wächter S. 499.

6) vgl. Staub/Stranz Art. 12 Anm. 4.

dd) Die Umdeutung der betreffenden Erklärungen und Vermerke selbst

Schwieriger ist hingegen die Frage zu beantworten, ob durch den Gesetzeswortlaut "gilt als nicht geschrieben" nicht nur der Bestand des Wechsels oder Schecks im übrigen gesichert werden soll, sondern darüberhinaus der betreffenden Erklärung bzw. dem betreffenden Vermerk selbst jede rechtliche Wirkung zu versagen ist und damit auch deren Umdeutung von vornherein ausgeschlossen sein soll.

Angenommen, der Aussteller hat seine Unterschrift aus Gefälligkeit gegenüber dem Wechselnehmer auf den Wechsel gesetzt, um die Verkehrsfähigkeit des Papiers zu erhöhen. Dabei wurde vereinbart, daß der Aussteller aus dem Wechsel nicht in Anspruch genommen werde und dementsprechend ein Vermerk auf den Wechsel gesetzt, wonach die Haftung des Ausstellers für die Zahlung ausgeschlossen sei. Wenn nun der Wechselnehmer den Aussteller dennoch im Wege des Rückgriffs in Anspruch nimmt, stellt sich die Frage, ob Art. 9 Abs. 2, 2. HS WG, wonach der Haftungsausschluß als nicht geschrieben gilt, auch den persönlichen Einwand des Ausstellers gegen den Nehmer, nämlich die Vereinbarung eines pactum de non petendo, ausschließt. Die gleiche Problematik stellt sich, wenn die Wechselsumme eines Datowechsels verzinslich gestellt ist. Daß in diesem Falle kein wechselrechtlicher Anspruch auf die Zinsen besteht, ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 WG unmittelbar. Im Sinne einer wechselrechtlichen Zinsvereinbarung sind die abgegebenen Erklärungen unwirksam. Man kann also nicht etwa durch Umdeutung des unzulässigen Zinsvermerks dahin gelangen, die Zinsen bis zum Verfalltag auszurechnen und sie der Wechselsumme zuzuschlagen. Mit dem Wortlaut "gilt als nicht geschrieben" stellt das Gesetz ausdrücklich klar, daß die ursprüngliche Wechselsumme unverändert unter Wegfall der Verzinsung gilt. Steht aber diese Vorschrift auch einer Umdeutung der wertpapiermäßig unwirksamen Zinsklausel in die Vereinbarung eines persönlichen Anspruchs auf die Zinsen entgegen? Und schließlich stellt sich die aufgeworfene Problematik, wenn die bezogene Bank einen

Scheck entgegen Art. 4 S. 1 SchG mit einem Annahmevermerk versehen hat. Daß der Inhaber keinen scheckrechtlichen Anspruch gegen die bezogene Bank hat, ergibt sich eindeutig aus Art. 4 S. 2 SchG. Kann dem Inhaber aber - notfalls im Wege der Umdeutung - ein persönlicher Anspruch auf Einlösung des Schecks durch die Bank zustehen?

Die Umdeutung z.B. des Zinsvermerks in ein Zinsversprechen nach bürgerlichem Recht oder des unzulässigen Annahmevermerks auf dem Scheck in ein bürgerlich-rechtliches Garantieverprechen setzt u.a. voraus, daß derartige (außerwertpapierrechtliche) Verpflichtungen wirksam hätten vereinbart werden können. Hieran kann kein Zweifel bestehen: Geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus, wonach der betreffende Vermerk auf dem Papier "als nicht geschrieben" gilt, so bedeutet dies nicht, daß die hinter dem betreffenden Vermerk stehende Abrede ebenfalls als nicht existent gelte. Der Gesetzeswortlaut bezieht sich nur auf die betreffenden Schriftzeichen auf dem Wechsel bzw. Scheck. Wechselrechtliche Bedeutung können diese nicht gewinnen, weil sie eben nach dem Gesetz auf dem Papier als nicht vorhanden gelten. Nicht dagegen soll etwa ein Nebeneinander von wertpapiermäßigen und bürgerlich-rechtlichen Verpflichtungen verhindert werden. Ob derartige schuldrechtliche Vereinbarungen, die ja nicht den wechselrechtlichen Formvorschriften unterliegen, wirksam oder unwirksam sind, besagt der Gesetzeswortlaut eben nicht.

An der Wirksamkeit der außerwertpapiermäßigen Vereinbarungen ändert sich auch dann nichts, wenn in die Urkunde ein (unzulässiger und als nicht geschrieben geltender) entsprechender Vermerk aufgenommen wird. Eine weitergehende Interpretation der betreffenden Vorschriften ist von dem Gesetzeszweck, die Wirksamkeit des Papier im übrigen sicherzustellen, nicht notwendig mit umfaßt. Der Aufrechterhaltung des Papiers ohne Berücksichtigung der betreffenden Vermerke steht eine entsprechende schuldrechtliche Abrede, z.B. entgegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 WG die Wechselsumme zu verzinsen, entgegen Art. 9 Abs. 2, 2. HS WG den Aussteller nicht in Anspruch zu nehmen oder entgegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 SchG den Scheck erst nach einer bestimmten Frist

vorzulegen usw., nicht entgegen. Zwar sind Wechsel oder Scheck streng förmliche Papiere, deren Ausgestaltung dem Schutze des Verkehrs dient. Dieser Schutz des Verkehrs wird gem. Art. 17 WG und entsprechend Art. 22 SchG dadurch gewährleistet, daß der Inhaber nur solche persönlichen Einwendungen gegen sich gelten lassen muß, an denen er selbst beteiligt war, es sei denn, er hat beim Erwerb des Papiers bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt, daß schuldrechtliche Vereinbarungen, die hinter den betreffenden Vermerken stehen, als solche wirksam vereinbart werden können und daß der Bestand einer solchen Vereinbarung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß ein entsprechender Vermerk in die Urkunde aufgenommen wird.¹⁾

Schließlich könnte eine Umdeutung (wenn auch die übrigen Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind) dennoch ausgeschlossen sein, wenn durch die gesetzliche Anordnung "gilt als nicht geschrieben" klargestellt werden soll, daß z.B. die unzulässige Haftungsbeschränkung des Ausstellers, die unzulässige Zinsvereinbarung und die unzulässige Anknüpfung des Indossaments an eine Bedingung, die allesamt nach dem Gesetz als nicht geschrieben gelten, schlechthin ohne jede rechtliche Wirkung bleiben sollen. Daß der Gesetzgeber dem Gesetzeswortlaut einen derart weitgehenden Sinn beimessen wollte, ist jedoch nicht ersichtlich. Das Verbot der Umdeutung wäre im Ergebnis auch unbefriedigend: Hat z.B. der Indossant dem Indossament die Bedingung beigelegt, wonach er dem Indossatar gegenüber nur unter bestimmten Umständen haften wolle, so ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 WG, daß er wechselrechtlich unbedingt haftet. Jedoch kann er aus der mit dem Indossatar getroffenen unwirksamen wechselfähigen Vereinbarung diesem gegenüber gem. § 140 BGB nach Maßgabe des Art. 17 WG einen persönlichen Einwand herleiten. Läßt man dagegen die Umdeutung nicht zu, so würde dem Indossant auch der persönliche Einwand gem. Art. 17 WG gegenüber dem Indossatar abgeschnitten, so daß er auch diesem gegenüber (trotz der gegenteiligen Vereinbarung)

1) ähnlich Staub/Stranz Art. 12 Anm. 4.

unbedingt haften würde. Warum aber der Indossant, der die vereinbarte Bedingung dem Indossament beifügt, schlechter stehen soll als derjenige, der zwar nach dem Schriftbild auf dem Wechsel unbedingt indossiert hat, aber bei der Begebung mit dem Indossatar vereinbart hat, daß er nur unter der betreffenden Bedingung haften wolle, ist nicht einzusehen.¹⁾

Das gleiche gilt, wenn der Aussteller z.B. mit dem Remittenten entgegen Art. 9 Abs. 2, 2. HS WG seine Haftung für die Zahlung ausgeschlossen hat. Für spätere Inhaber ist der Haftungsausschluß zwar dem Grundsatz nach unbeachtlich, so daß sie den Aussteller uneingeschränkt in Anspruch nehmen können. Warum aber soll dem Aussteller auch der persönliche Einwand gegenüber dem Remittenten und gegenüber späteren Inhabern unter den engen Voraussetzungen des Art. 17 WG verwehrt sein? Ein Bedürfnis für eine derartige Besserstellung des Wechselinhabers entgegen Art. 17 WG ist nicht ersichtlich.

Den Vorschriften, nach denen bestimmte Vermerke und Erklärungen auf Wechseln und Schecks als nicht geschrieben gelten, kann somit nicht im allgemeinen ein gesetzlich angeordnetes Umdeutungsverbot entnommen werden.

Dies gilt auch entgegen der Ansicht²⁾ der Rechtsprechung und Teilen der Rechtslehre für Art. 4 S. 2 SchG. Zu Recht ist jener Interpretation entgegengehalten worden³⁾, nach dem Wortlaut des Art. 4 S. 2 SchG solle nur die Annahmeerklärung nicht gelten; zudem sei "das Gesetz, das die Annahme unwirksam macht, derart ungewöhnlich, daß es kaum zulässig ist, es über seinen Wortlaut auszudehnen". Da nach Art. 4 S. 2 SchG "nur der auf den (Scheck) gesetzte Annahmevermerk als nicht geschrieben gilt, ... ist nach seinem Wortlaut nicht verboten, daß die Bezogene nach den Grundsätzen des Zivilrechts und mit dessen Wirkungen die Verpflichtungen übernimmt". Der Annahmevermerk erfülle auch die Schriftform, sofern diese zivilrechtlich gefordert sei. Denn die Formel "gilt als nicht geschrieben" wolle nur sagen, "daß die Erklärung für das Scheckrecht nicht in

1) Staub/Stranz Art. 12 Anm. 4; i.E. Stranz Art. 12 Anm. 1.

2) vgl. die Nachweise o. S. 344 Fn. 1-5.

3) Jacobi S. 571.

Betracht kommt".¹⁾ Ebenso hat Breit²⁾ der Wortlautinterpretation der Rechtsprechung zu Recht entgegengehalten: Die Bedeutung des Art. 4 S. 2 SchG (= § 10 S. 2 SchG a.F.³⁾) sei "nicht etwa die, daß der Annahmevermerk für das Recht überhaupt nicht vorhanden sei, m.a.W., daß er die Annahmeerklärung niemals abgegeben habe und die Erklärung in dieser Welt überhaupt nicht vorhanden wäre. Davon steht in § 10 S. 2 keine Silbe § 10 S. 2 hat mit der Haftung oder Nichthaftung des Bezogenen überhaupt nichts zu tun. Er bezieht sich vielmehr in seiner rechtlichen Auswirkung gerade auf den sonstigen Inhalt der Scheckurkunde. Er will zur Vermeidung von etwaigen Zweifeln die Belanglosigkeit der Akzeptierung klarstellen, er besagt, daß der gesamte übrige Inhalt der Scheckurkunde durch die Nichtigkeit des Scheckakzepts in seinem rechtlichen Bestand unberührt bleibt ..." Von einem ausdrücklichen gesetzlichen Umdeutungsverbot kann deshalb auch bei Art. 4 S. 2 SchG nicht gesprochen werden.

ee) Ausschluß der Umdeutung durch Sinn und Zweck des Akzeptverbots gem. Art. 4 S. 1 SchG

Auch wenn man in Art. 4 S. 2 SchG kein ausdrückliches gesetzliches Umdeutungsverbot sieht, so schließt dies selbstverständlich nicht aus, daß Sinn und Zweck des Art. 4 S. 1 SchG (nicht S. 2), wonach ein Scheck nicht angenommen werden kann, einer Umdeutung des gleichwohl auf die Urkunde gesetzten Annahmevermerks im Wege stehen.

Für die Umdeutung eines auf den Scheck entgegen Art. 4 S. 1 SchG gesetzten Annahmevermerks ist zunächst zu unterscheiden: Die Umdeutung eines Annahmevermerks in eine Annahmeerklärung nach § 784 BGB scheidet schon deshalb aus, da der unzulässige Annahmevermerk die Wirksamkeit des Schecks im Übrigen nicht be-

1) Jacobi S. 571.

2) Breit § 10 Anm. 10.

3) SchG v. 11.3.1908 (RGBl. I 71).

einträchtigt. Die Urkunde ist deshalb allein nach dem Scheckrecht zu beurteilen, nachdem der Vermerk als nicht vorhanden gilt. Auch bei einem aus sonstigem Grunde formwidrigen Scheck kann der Annahmevermerk nicht als Annahme i.S.d. § 784 BGB aufrechterhalten werden.¹⁾ Denn insoweit gilt der Vermerk ebenfalls als nicht geschrieben. Als Ersatzgeschäft kommt deshalb allenfalls ein selbständiges Einlösungsversprechen nach bürgerlichem Recht, also z.B. eine Schuldübernahme, ein Schuldversprechen, ein Garantievertrag oder eine Bürgschaft in Betracht. Daß die bezogene Bank derartige Verpflichtungen gegenüber dem Aussteller und dem Inhaber des Schecks neben den scheckrechtlichen Vereinbarungen übernehmen kann, wenn die betreffende Garantievereinbarung nicht auf den Scheck selbst gesetzt wird, ist an sich selbstverständlich und allgemein anerkannt²⁾, wenn dabei auch besonders strenge Anforderungen an die Erklärung der Bank gestellt werden.³⁾ Dementsprechend kann auch nur von einer Annahmeerklärung, die mit dem Akzept i.S.d. Wechselgesetzes vergleichbar wäre, die Rede sein, wenn die betreffende Bank mit dem Annahmevermerk sich entsprechend dem Akzeptanten eines gezogenen Wechsels unabhängig von der Deckung des Schecks verpflichten wollte. Dies wird mangels eigenen Interesses der bezogenen Bank sehr selten der Fall sein.⁴⁾ Läßt sich aber feststellen, daß die Bezogene eine derartige außerscheckrechtliche Haftung z.B. in der Form eines Garantievertrages eingehen wollte, so wird dieser Vertrag nicht etwa dadurch unwirksam, daß ein entsprechender Vermerk in der Form einer Annahmeerklärung auf den Scheck gesetzt wird.⁵⁾ Läßt sich also ein

1) Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 302.

2) vgl. RGZ 105, 361, 363; 122, 317, 319ff; BGH WM 1956, 1293f; WM 1966, 335f; WM 1975, 466; OLG Karlsruhe WM 1971, 877, 879; WM 1978, 873, 874; aus der Rechtslehre vgl. Jacobi S. 572, 573; Baumbach/Hefermehl Art. 4 SchG Rdn. 2; F. Keßler Art. 4 Anm. 2; Breit § 10 Anm. 16ff; Zahrnt S. 239ff; Schütz, NJW 1968, 721, 722; Horn, NJW 1974, 1481.

3) vgl. Hueck/Canaris S. 161.

4) größere Verbreitung genoß die Scheckannahme offenbar in den Jahren um 1920, vgl. dazu Zahrnt S. 239.

5) Breit § 10 Anm. 16, 17.

solcher Annahmewille der bezogenen Bank feststellen, so entspricht diese Erklärung - ähnlich wie das Wechselakzept - an sich den Erfordernissen eines Schuldversprechens oder Garantievertrages, wobei diese Ansprüche auf (spätere) Inhaber gem. § 398 BGB durch Abtretung übertragen werden könnten.

Eine solche Umdeutung würde aber dem Zweck des Art. 4 S. 1 SchG zuwiderlaufen. Das Akzeptverbot in Art. 4 S. 1 SchG beruht "auf dem Gedanken, daß ein Akzept, durch das der Bezogene zu einem selbständigen Schuldner werde, während er nach dem Charakter des Schecks lediglich Zahlungsorgan sein solle, mit der Natur des Schecks nicht verträglich sei. Denn dadurch, daß bis zur Vorlage des Schecks unbestimmt bleibe, ob er eingelöst werde oder nicht, werde erreicht, daß der Scheck seinem Endziele, der Einlösungsstelle, so rasch als möglich, zutreibe und es werde hintangehalten, daß er unnötig lange gleich dem Papiergelde herumwandere ..."¹⁾ Das RG hat sich die amtliche Begründung zum Scheckgesetz²⁾ zu eigen gemacht und demgemäß aus "Wortlaut und Zweck des Gesetzes" gefolgert³⁾: "Diese Erwägungen müssen ... dazu führen, daß jede auf dem Scheck gesetzte Erklärung des Bezogenen, durch die er die Einlösung des Schecks zusagt, als unzulässige Annahmeerklärung aufzufassen ist, die, wie die Gesetzesbegründung gleichfalls ergibt, nicht bloß der scheckrechtlichen, sondern überhaupt jeder rechtlichen Wirksamkeit entbehrt ..."

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Sinn und Zweck des Akzeptverbots in Art. 4 S. 1 SchG, nämlich den Charakter des Schecks als eines reinen Zahlungsmittels zu bewahren, fordern, daß der Annahme nicht nur die scheckrechtlichen Wirkungen versagt bleiben, sondern daß aus ihr überhaupt keine Verpflichtung zur Einlösung des Schecks hergeleitet werden kann.⁴⁾ Auch

1) RGZ 105, 361, 362.

2) RGZ 105, 361, 362 unter Bezugnahme auf S. 25 der Drucksache Nr. 566 der Reichstags Session 1907/1908.

3) RGZ 105, 361, 362.

4) vgl. Zahrnt S. 268, wonach Art. 4 SchG jede unmittelbare Verpflichtungserklärung des Bezogenen auf dem Scheck verhindern wolle.

wenn der jeweilige Inhaber eines "angenommenen" Schecks keine scheckrechtlichen, sondern durch Urbedeutung lediglich Ansprüche nach bürgerlichem Recht gegenüber der bezogenen Bank erwerben wurde, so konnte der Inhaber eines solchen Schecks letztlich doch darauf vertrauen, daß bei fehlender Deckung jedenfalls die Bank auf Grund der bürgerlich-rechtlichen Verpflichtung den Scheck einlösen werde. Von einer die Schecksumme abdeckenden Liquidität der bezogenen Bank konnte der Scheckinhaber - jedenfalls in aller Regel - ausgehen, inbes. wenn eine Großbank oder ein öffentliches Geldinstitut bezogen sind. Aus diesem Grunde wäre ein Scheck, dessen unzulässige Annahmeerklärung als Schuldanerkenntnis oder Garantieberklärung der bezogenen Bank aufrechterhalten werden könnte, so gut wie Bargeld in den Händen des Nehmers. Es würde die Gefahr bestehen, daß sich der (angenommene) Scheck von dem, was er nach dem Gesetz sein soll, nämlich einem reinen Zahlungsmittel¹⁾, zu einem Kreditmittel für den Aussteller entwickeln könnte, inder dem Inhaber das Risiko der Einlösung durch die (ungedeutete bürgerlich-rechtliche) Einlösungsverpflichtung der bezogenen Bank weitestgehend abgenommen würde. Dies widerspräche aber der gesetzlichen Anordnung im Art. 4 §. 1 SchG, der gerade verhindern will, daß der Aussteller durch die Ausstellung des Schecks seinen Kredit durch die bezogene Bank erhöhen kann.²⁾ Die Umdeutung eines entgegen Art. 4 §. 1 SchG auf den Scheck gesetzten Annahmeerkenntnis wurde deshalb eine Umgehung der Zwecke des Akzeptverbots darstellen.³⁾

Im Ergebnis und soweit in der Begründung auf Sinn und Zweck des Art. 4 SchG (= § 10 SchG a.F.) abgestellt wird, ist deshalb dem RG in der o.a. Entscheidung⁴⁾ zu folgen. Das Annahme-

1) vgl. Ulmer, Recht der Wertpapiere, 3. 295f; Baumbach/Hefermehl Art. 4 SchG Rdn. 4.

2) Hueck/Canaris 3. 161; Liebecke, WM 1966, 202. 210 mit Hinweis auf die andere Rechtslage in den USA.

3) i.E. ebenso Baumbach/Hefermehl Art. 4 SchG Rdn. 1; Weimer, WM 1967, 862, 864.

4) RGZ 103, 361; ebenso Breit § 10 Anm. 12, der aber der gutgläubigen Inhaber eines "akzeptierten" Schecks gem. § 795 Abs. 3 BGB analog einen Schadensersatzanspruch zubilligen will.

verbot und das entsprechende Verbot der Umdeutung des unzulässigen Akzepts in eine sonstige Verpflichtungserklärung der bezogenen Bank wird zwar z.T. für rechtspolitisch verfehlt¹⁾ gehalten. Diese Auslegung entspricht aber dem Sinn und Zweck des Art. 4 S. 1 SchG, so wie der Gesetzgeber diese Vorschrift verstanden wissen wollte, am besten.²⁾ Hieran ist der Richter gebunden.

Es kann somit festgehalten werden: Die Gesetzesformulierungen im Wechsel- und Scheckrecht, wonach bestimmte Erklärungen und Vermerke als auf der betreffenden Urkunde "nicht geschrieben" bzw. als "nicht erfolgt" gelten, schließen die Umdeutung dieser nach dem Wechsel- bzw. Scheckrecht unwirksamen Erklärungen in Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Recht nicht aus. Der Sinn dieser Formulierung besteht lediglich darin, den Bestand des Papiers im übrigen zu sichern. Dagegen ist die Umdeutung eines Annahmevermerks, der entgegen Art. 4 S. 1 SchG auf den Scheck gesetzt worden ist, ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des Akzeptverbots nach Art. 4 S. 1 SchG.

2. Einschränkungen der Umdeutung aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Die Umdeutung kann bisweilen zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen. So kann zweifelhaft sein, welches Ersatzgeschäft, mit dessen Hilfe die Parteien ihre Ziele hätten erreichen können, im Einzelfalle in Betracht zu ziehen ist. Außerdem hängt die Geltung des Ersatzgeschäftes von dem hypothetischen Willen der Parteien ab, also einer rechtlichen Wertung, die stets auf die Besonderheiten des einzelnen Falles abstellt. Dagegen ist es nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß die Umstände des einzelnen Falles, die die in § 140 BGB vorzunehmende rechtliche Wertung rechtfertigen, allen Beteiligten bei Vertragsschluß bekannt oder zumindest erkennbar waren, zumal wenn Dritte am Rechtsstreit beteiligt sind. Grundsätzlich haben die Parteien

1) so Schütz, NJW 1968, 721, 722f.

2) Zahrt S. 289f.

eine gewisse Rechtsunsicherheit, die im Rahmen der Prüfung der Umdeutungsvoraussetzungen auftreten kann, zugunsten der Verwirklichung des Parteiwillens entsprechend der gesetzlichen Anordnung in § 140 BGB hinzunehmen, da diese Schwierigkeiten in der Natur der Sache liegen.¹⁾ Die Umdeutung muß aber ausgeschlossen sein, soweit ihr zwingende Gebote der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entgegenstehen.

a) Einseitige Gestaltungsgeschäfte

Nicht nur mehrseitige Rechtsgeschäfte, insbes. Verträge, können umgedeutet werden. Auch Geschäfte, die durch eine Person errichtet werden können (einseitige Rechtsgeschäfte), unterliegen der Konversion.²⁾ § 140 BGB läßt die Umdeutung nichtiger Rechtsgeschäfte zu, ohne die Gruppe der einseitigen Rechtsgeschäfte von seinem Anwendungsbereich auszunehmen. Belange der Rechtssicherheit stehen dem im Grundsatz nicht entgegen.

Besonderheiten ergeben sich aber bei den einseitigen Rechtsgeschäften, durch welche der rechtsgeschäftlich Handelnde durch einseitigen rechtsgestaltenden Akt mit der Veränderung der eigenen Rechtslage zugleich in die Rechtsverhältnisse eines anderen eingreift (einseitige Gestaltungsgeschäfte).³⁾ Ein besonders anschauliches Beispiel dafür bietet die Anfechtung: Durch die einseitige Anfechtungserklärung wird das bis dahin voll wirksame Rechtsgeschäft mit Wirkung ex tunc im nachhinein vernichtet. Die Rechte, die der angefochtene Vertrag (auch) dem Gegner vermittelt, entfallen. Weitere Beispielsfälle einseitiger Gestaltungsgeschäfte bilden die Kündigung, die an vielen verschiedenen Stellen im Gesetz vorgesehen ist (vgl. z.B. §§ 542ff, 553ff, 564ff, 595f, 605, 609, 620ff, 643, 649, 671,

1) Nach einer Äußerung Herschels in JZ 1967, 727, 735 liegt "die durch Umdeutung gewonnene Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts häufig im Interesse der Rechtssicherheit".

2) s. o. S. 7.

3) vgl. Flume, AT II, § 11, 3, S. 136, 137.

723ff BGB), der Rücktritt gem. §§ 346ff BGB, die Wahlentscheidung bei der Wahlschuld gem. § 263 BGB, die Aufrechnung gem. §§ 387ff BGB, die Ausübung eines Widerrufsrechts z.B. gem. § 530 BGB (Widerruf der Schenkung) und z.B. die Ausübung des Vorkaufs- und des Wiederkaufsrechts i.S.d. §§ 505 bzw. 497 BGB.¹⁾

In all diesen Fällen besteht für den Erklärungsgegner, in dessen Rechte durch die einseitige Erklärung eingegriffen wird, ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Er muß klar erkennen können, ob der Erklärende das Gestaltungsrecht ausüben will und ob dies in wirksamer Form geschehen ist oder nicht, um sich ggf. auf die veränderte Rechtslage einstellen zu können. Dagegen ist ihm nicht zuzumuten, nach Ausübung des Gestaltungsrechts über die Wirksamkeit des betreffenden Rechtsverhältnisses im Unklaren gelassen zu werden. Im Falle der Anfechtung eines Geschäfts muß der Anfechtungsgegner also zum einen die Anfechtungserklärung als solche und worauf sie sich bezieht klar erkennen können, um zu wissen, woran er ist. Wegen dieses gesteigerten Bedürfnisses nach Rechtssicherheit werden die einseitigen Gestaltungsgeschäfte allgemein z.B. als bedingungsfeindlich²⁾ angesehen. Dies ergibt sich teils ausdrücklich aus dem Gesetz (vgl. für die Aufrechnung: § 388 S. 2 BGB, für die Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses: § 2180 Abs. 2 S. 2 BGB), teils ist dies ständige Rechtsprechung.³⁾ Hinsichtlich der Kündigung ist anerkannt, daß sie zwar unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen werden kann (nicht auflösenden), wenn schutzwürdige Belange des Kün-

1) vgl. Flume, AT II, § 11, 3, S. 137.

2) vgl. Soergel-Knopp § 158 Rdn. 36; Medicus, AT, Rdn. 849; Münch Komm-H.P. Westermann § 158 Rdn. 28; Flume, AT II, § 38, 5 Rdn. 697; Palandt-Heinrichs Überbl. v. § 104 Anm. 3, d.

3) aus der Rspr. vgl. BGH WM 1961, 156, 157; RGZ 66, 153f und RGZ 146, 234, 238 für die Anfechtungserklärung; OLG Stuttgart OLGZ 79, 129ff für Rücktritt; RGZ 91, 307, 308f für Kündigung; RGZ 97, 269, 273 für Ausübung des Wiederkaufsrechts.

digungsgegners hierdurch nicht berührt werden.¹⁾ Ist die Kündigung aber an eine Frist gebunden, so wird die aufschiebend bedingte Kündigung nur mit der Maßgabe zugelassen, daß der Lauf der Kündigungsfrist erst nach Eintritt der Bedingung und Kenntnis des Gekündigten davon beginnt.²⁾ Es fragt sich, ob dieses gesteigerte Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei den einseitigen Gestaltungsgeschäften auch zu Einschränkungen der Umdeutung führen kann.

Die Rechtsprechung hat sich zu diesem Problem hauptsächlich mit Fragen der Umdeutung einer nichtigen Anfechtungserklärung in einen Rücktritt oder eine Kündigung³⁾ und insbes. mit Fragen der Umdeutung einer mangels Grundes unwirksamen außerordentlichen (fristlosen) Kündigung in ordentliche (fristgemäße) Kündigungen⁴⁾ bzw. einer nichtigen Kündigung in das Angebot zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses⁵⁾ befaßt. Danach kann § 140 BGB dem Grundsatz nach auch auf die nichtigen einseitigen Gestaltungsgeschäfte Anwendung finden. Zugelassen hat die Rechtsprechung insbes. die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, der es an dem außerordentlichen Kündigungsgrund fehlte, in eine ordentliche Kündigung.⁶⁾

- 1) Flume, AT II, S. 697; Soergel-Knöpp § 158 Rdn. 37; BGH WM 1973, 694f; BAG NJW 1968, 2078.
- 2) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch I, § 56 IV 2, S. 548; Flume, AT II, S. 697.
- 3) vgl. z.B. BGH NJW 1975, 1700, 1701 (Anfechtung der Beitritts-erklärung zu einer PublikumsKG in Rücktritt); OLG Oldenburg VersR 1979, 269 m. Anm. v. Martin; der umgekehrte Fall, also die Umdeutung eines Rücktritts bzw. einer Kündigung in eine Anfechtungserklärung kann hier ausgeklammert bleiben, weil eine derartige Umdeutung bereits am objektiven Tatbestand des § 140 BGB scheitern würde, da die Anfechtung weitergehende Wirkungen hat; vgl. aus der arbeitsrechtlichen Literatur: Schaub, Arbeitsrecht, § 123 X 4, 5, S. 761f; Bleistein Rdn. 64, 65.
- 4) vgl. z.B. BGH NJW 1981, 43ff und 976ff; BAG JuS 1978, 718 m. Anm. v. Reuter; BAG BB 1972, 267; JZ 1976, 323; NJW 1976, 2366; RAGE 14, 8.
- 5) z.B. RGZ 143, 124; LAG Baden-Württemberg BB 1975, 1254.
- 6) zur Kündigungskonversion bei Schwerbehinderten vgl. Friesen/Reinecke, BB 1979, 1561ff.

Dabei haben das RG und das RAG¹⁾ noch die Ansicht vertreten, die außerordentliche, fristlos ausgesprochene Kündigung eines Vertragsverhältnisses enthalte "im Zweifel gleichzeitig eine Kündigung zum nächsten vertragsgemäß zulässigen ordentlichen Kündigungstermin, indem davon auszugehen ist, daß, wer eine fristlose Kündigung ausspricht, damit seinen Willen zu erkennen gibt, unter allen Umständen sich von dem Vertragsverhältnis zu lösen und deshalb die fristlos ausgesprochene Kündigung jedenfalls als ordentliche ... Kündigung ausgesprochen haben will, falls die außerordentliche Kündigung nicht wirksam sein sollte".²⁾ Diese Ansicht fand in § 61 ArbOG³⁾ ihren gesetzlichen Niederschlag, wonach dem Gekündigten das Recht eingeräumt wurde, "in dem Verfahren, in dem er die Unwirksamkeit dieser (fristlosen) Kündigung geltend macht, gleichzeitig für den Fall, daß die Kündigung als für den nächsten zulässigen Kündigungszeitpunkt wirksam angesehen wird, den Widerruf dieser Kündigung ... zu beantragen ...", § 61 Abs. 1 S. 1 ArbOG. Die gegenteilige Regelung stellte demgegenüber § 11 Abs. 2 S. 1 KSchG a.F.⁴⁾ auf: Danach galt "im Zweifel" eine unwirksame ordentliche Kündigung nicht als Kündigung zum nächst zulässigen Termin. Das BAG⁵⁾ hielt angesichts dieser Auslegungsregel eine Umdeutung nur dann für zulässig, wenn dem Gekündigten "eindeutig erkennbar" war, daß der Kündigende das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beenden wollte. Aber auch nachdem § 11 Abs. 2 S. 1 KSchG durch Gesetz vom 4.8.1969⁶⁾ aufgehoben worden ist, wird die Konversion einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine zulässige ordent-

1) vgl. RGZ 105, 132, 133; 122, 38, 39; RAGE 14, 8, 11f; RAG ARS 21, 42 m. Anm. v. Dersch; 36, 49ff; 47, 143ff.

2) RAGE 14, 8, 12.

3) v. 20.1.1934 (RGBl. I 45).

4) Gesetz v. 10.8.1951 (BGBl. I 499).

5) BAG NJW 1969, 156 = BB 1968, 1201 m.w.N.; so bereits RAGE 14, 223, 224 für die Kündigung eines Dienstvertrages; ebenso Hueck, Kündigungsschutzgesetz (6. Aufl.), § 11 Rdn. 10 m.w.N.; vgl. weiterhin Hueck/Nipperdey, Lehrbuch I, § 56 IV 4 b, S. 561; K.H. Schmidt, DB 1967, 508ff m.w.N.; Trieschmann, BB 1955, 837, 838.

6) BGBl. I 1106.

liche auch weiterhin nur mit der Einschränkung zugelassen, daß aus der Kündigungserklärung oder den sonstigen Umständen dem Gekündigten bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung eindeutig erkennbar war, daß der Kündigende das Arbeitsverhältnis in jedem Falle, also auch dann, wenn der betreffende außerordentliche Kündigungsgrund nicht vorliege, beenden will.¹⁾ Diese zusätzliche Voraussetzung der Umdeutung, daß nämlich die Geltung des Ersatzgeschäftes nicht nur dem hypothetischen Willen entsprechen, sondern darüberhinaus dies auch dem Gekündigten eindeutig erkennbar sein muß, fordert die Rechtsprechung auch für den außerarbeitsrechtlichen Bereich.²⁾ So hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung³⁾ die Umdeutung einer (nicht gerechtfertigten) fristlosen Kündigung eines Mietvertrages in eine ordentliche Kündigung "im Einzelfall" für "nicht ausgeschlossen gehalten", was der herrschenden Meinung⁴⁾ entspricht. "Um eine solche Umdeutung vornehmen zu können", hat der BGH⁵⁾ ausgeführt, "muß aber der Wille, den Vertrag auf jeden Fall zu beenden, für den Vertragsteil, für den die Kündigung bestimmt ist, bei Abgabe der Kündigungserklärung zweifelsfrei erkennbar sein. Grundsätzlich muß sich deshalb", heißt es weiter, "aus

-
- 1) vgl. insbes. BAG DB 1976, 2163; DB 1976, 634; NJW 1976, 869, 870; WM 1976, 697, 699 = JZ 1976, 323; NJW 1976, 2366, 2367; a.A.: LAG Hamm BB 1982, 2109, 2110: Es komme allein auf den hypothetischen Willen an; dazu Etzel, NJW 1983, 2852, 2862f; ähnlich wie das BAG auch Zöllner, Arbeitsrecht, § 22 III 3 b, S. 230; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 13 Rdn. 26; Bopp S. 271 und S. 59; Stahlhacke Rdn. 127, 128; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 3, a; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz-Wolf, Grunds. Rdn. 321; ohne diese Einschränkung dagegen Schaub, Arbeitsrecht, § 123 X 3, S. 761; Hueck/Nipperdey, Grundriß, S. 124.
 - 2) vgl. BGH WM 1973, 782, 785: Dienstvertrag; BGH NJW 1981, 976: Pachtvertrag; BGH NJW 1982, 2603: Belegarztvertrag; LG Mannheim NJW 1970, 328; LG Essen ZMR 1969, 309: Mietvertrag.
 - 3) BGH, Urt. v. 12.1.1981, abgedr. in NJW 1981, 976ff.
 - 4) vgl. insbes. Schmidt-Futterer/Blank Rdn. B 40ff; Starnel, Teil IV, Rdn. 233 und Iof und allgemein Teil II, Rdn. 1; Medicus, AT, Rdn. 524; Palandt-Putzo § 564 Anm. 3, g; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 42.
 - 5) BGH NJW 1981, 976, 977; ebenso BGH NJW 1982, 603f.

der Erklärung selbst ergeben, daß die Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. Das ist zur Sicherheit des Rechtsverkehrs geboten. Nur wenn sich dem Vertragsteil, für den die Kündigung bestimmt ist, aus Umständen, die aus der Kündigungserklärung nicht ersichtlich sind, eindeutig ergibt, daß der Kündigende das Vertragsverhältnis auf alle Fälle zur Beendigung bringen will, kann auch in einem solchen Falle eine fristlose Kündigung in eine ordentliche umgedeutet werden".¹⁾

Diese Voraussetzungen gelten allgemein für die Umdeutung einseitiger rechtsgestaltender Erklärungen. Denn die uneingeschränkte Umdeutung brächte, wie der BGH zu Recht ausgeführt hat²⁾, "ihrer Natur nach Unsicherheit gerade dort ..., wo Gesetz und Rechtsprechung Klarheit und Eindeutigkeit im Interesse der Rechtssicherheit verlangen, nämlich bei der Ausübung von Gestaltungsrechten ...". Mit dieser Begründung hat der BGH die Umdeutung einer unwirksamen Kündigung in das Angebot auf Aufhebung des betreffenden Mietverhältnisses abgelehnt.³⁾ Allerdings hätte die Umdeutung im Ergebnis ohnehin nichts genutzt, weil eine solche Offerte jedenfalls nicht angenommen worden war. Das OLG Oldenburg⁴⁾ hat in einer bereits oben angesprochenen Entscheidung die Umdeutung einer wegen Fehlens des Anfechtungsgrundes unwirksamen Anfechtung eines Versicherungsvertrages in einen Rücktritt gem. § 20 Abs. 2 S. 1 VVG abgelehnt, weil dem Versicherungsnehmer offenbar aus der Anfechtungserklärung allein noch nicht eindeutig erkennbar war, daß der Versicherer bei Kenntnis der Nichtigkeit von seinem Rücktrittsrecht gem. §§ 16ff VVG Gebrauch gemacht hätte. Ergibt sich dagegen aus der Anfechtungserklärung der Wille des Erklä-

1) ähnlich Schmidt-Futterer/Blank Rdn. B 40; Stornel, Teil IV, Rdn. 233; Köhler, Wohnraummiete, § 93 Rdn. 6; Weimar, ZMR 1967, 6; Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer § 140 Anm. 3 a.E.; dagegen nicht so streng Emmerich/Sonnenschein § 564 Rdn. 32.

2) BGH NJW 1981, 43, 44.

3) zustimmend Schmidt-Futterer/Blank Rdn. B 40 a.E.; Medicus, AT, Rdn. 525.

4) OLG Oldenburg VersR 1979, 269; dazu o. S. 98f.

renden, das Vertragsverhältnis auf alle Fälle, und zwar wenn schon nicht mit rückwirkender Kraft, dann wenigstens ab sofort beenden zu wollen, so ist eine Umdeutung möglich.¹⁾ Dies letztere kann beispielsweise anzunehmen sein, wenn der Versicherer gleichzeitig erklärt, daß er keinesfalls an dem Vertragsverhältnis festhalten wolle und jede weitere Fortsetzung des Vertrages für unzumutbar halte. Aus derartigen begleitenden Erklärungen kann der Gekündigte schließen, daß der Versicherer den Vertrag in jedem Falle beenden will und dementsprechend bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Anfechtung jedenfalls einen Rücktritt oder ggf. die Kündigung des Vertrages erklärt hätte.

Im Rahmen der Kündigungskonversion kann die nötige Erkennbarkeit gegeben sein, wenn beispielsweise der Vermieter oder der Arbeitgeber die fristlos ausgesprochene Kündigung allein oder u.a. auf die Gründe stützt, die die ordentliche Kündigung rechtfertigen. In aller Regel wird in einem solchen Falle das Interesse des Kündigenden deutlich, die außerordentliche notfalls auch als ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin gelten zu lassen.²⁾ Kündigt der Vermieter die Wohnung z.B., weil er die Räume für sich als Wohnung nutzen will, mit Wirkung ab sofort, so macht diese Begründung für den Mieter hinreichend deutlich, daß der Vermieter (eben wegen seiner Absicht, die Wohnung für sich selbst i.S.d. § 564 b Abs. 2 Ziff. 2 BGB zu nutzen) in jedem Falle, sei es mit ordentlicher oder außerordentlicher Frist, das Mietverhältnis beenden will. Ähnliches gilt beim Arbeitsverhältnis, wenn die außerordentliche Kündigung z.B. außer auf den Vorwurf des eigenmächtigen Fernbleibens vom Arbeitsplatz auch darauf gestützt wird, daß z.B. der Arbeitsplatz des Gekündigten mangels hinreichender Auftragslage oder z.B. wegen einer Betriebsumstellung hinfällig geworden sei. Auch in diesem Falle ist für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich das Interesse des Arbeitgebers erkennbar, das Arbeitsverhältnis wegen der betriebsbedingten Gründe jedenfalls beenden zu wollen.

1) für die Umdeutung einer Anfechtung in einen Rücktritt vgl. z.B. BGH NJW 1975, 1700, 1701.

2) ebenso Zöllner, Arbeitsrecht, § 22 III 3 b, S. 230.

In all diesen Fällen ist dem gesteigerten Bedürfnis nach Rechtssicherheit hinreichend Rechnung getragen. Denn der Erklärungsempfänger bedarf keines weiteren Schutzes, wenn ihm eindeutig erkennbar war, daß das Interesse an der Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges so groß war, daß der Erklärende bei Kenntnis der Nichtigkeit jedenfalls das Ersatzgeschäft gewollt hätte.

Die Umdeutung einseitiger Gestaltungsgeschäfte ist somit zulässig. Sie setzt jedoch im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutze des Erklärungsempfängers voraus, daß dieser aufgrund der Umstände und Erklärungen eindeutig erkennen konnte, daß der Erklärende das Ersatzgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit jedenfalls gewollt hätte.

b) Gegenseitige Verträge

Auch gegenseitige Verträge können nach ständiger Rechtsprechung und einhelliger Ansicht in der Rechtslehre umgedeutet werden.¹⁾ § 140 BGB ist auf alle nichtigen Rechtsgeschäfte anwendbar und macht auch bezüglich nichtiger gegenseitiger Verträge keine Ausnahme. Jedoch beschränkt sich die Rechtsprechung in den bisher angesprochenen Fällen auf die Umdeutung der Leistung, während die Gegenleistung unberührt bleibt, auch wenn sich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung hierdurch verschiebt.²⁾ Die Konversion war möglich, weil angenommen werden konnte, daß derjenige, zu dessen Lasten sich ggf. das Äquivalenzverhältnis verschob, das Geschäft auch mit dem minderen Inhalt bei voller Aufrechterhaltung seiner eigenen Leistungspflicht abgeschlossen hätte. In der Rechtslehre³⁾ wird darüberhinaus die Frage diskutiert, ob es Voraussetzung der Umdeutung gegenseitiger Verträge ist, daß die Gegenleistung unberührt bleibt, oder ob eine Umdeutung auch dann möglich ist, wenn das Ersatzgeschäft nur unter gleichzeitiger Kürzung der Gegenleistung dem hypotheti-

1) vgl. im einzelnen o. S. 7.

2) vgl. insbes. die Fälle o. S. 244f.

3) vgl. insbes. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 113ff; H. Westermann, JZ 1963, 368f.

schen Willen beider Parteien entsprechen würde. Wäre beispielsweise in dem Dauerwohnrechtsfall¹⁾ der Erwerber, der mit der Verpflichtung zur Einräumung des Dauerwohnrechts an Stelle des Wohnungseigentums zufrieden war, aber nicht bereit gewesen, für dies erheblich geringere Recht die gleiche Gegenleistung zu erbringen, so wäre die Umdeutung an dem hypothetischen Willen des Erwerbers gescheitert. Dagegen wäre es durchaus denkbar, daß der Erwerber in dieser Situation an dem Dauerwohnrecht zu einem geringeren Preis interessiert gewesen wäre. Es stellt sich somit die Frage, ob im Wege der Umdeutung die Gegenleistung an die veränderte, nämlich verminderte Leistungspflicht des anderen Teils angepaßt werden kann, wenn nur unter dieser Herabsetzung der Gegenleistung das umgedeutete Geschäft dem hypothetischen Willen der Parteien entsprechen würde.

Für die Möglichkeit der Änderung auch der Gegenleistung hat sich H. Westermann²⁾ ausgesprochen. Dies ergebe sich daraus, daß "das 'Rechtsgeschäft', nicht (nur) der einzelne Bestandteil (d.h. die einzelne Verpflichtungserklärung) umgedeutet wird ..." Eine Änderung der Gegenleistung sei deshalb nicht ausgeschlossen, "sofern nur das gegebenenfalls nach beiden Seiten geänderte Rechte-Pflichten-Verhältnis dem ursprünglichen Äquivalenz-Verhältnis entspricht und festgestellt wird, 'daß dieses Ergebnis bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt wäre'. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein", heißt es weiter³⁾, "ob der von den Parteien verfolgte wirtschaftliche Zweck durch das geänderte Rechte-Pflichten-Verhältnis noch erfüllbar ist". Gegen diese Ansicht H. Westermanns hat sich Reinicke⁴⁾ mit der Begründung gewandt, diese Auffassung habe zur Folge, daß die Verträge durch den Richter in starkem Maße umgestaltet werden könnten. Gewiß müsse festgestellt werden, argumentiert er weiter⁵⁾, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des

1) BGH NJW 1963, 339ff.

2) H. Westermann, JZ 1963, 368, 369; zustimmend Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 5.

3) H. Westermann a.a.O.

4) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 115f; ebenso Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 32; i.E. zustimmend auch Krampe, Konversion, S. 232.

5) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 116.

vereinbarten Rechtsgeschäfts den Ersatzvertrag mit der veränderten Gegenleistung geschlossen hätten. Aber diese Feststellung werde "in der Regel von der Erwägung abhängig gemacht, was vernünftige Leute in einem solchen Falle getan hätten, und bei vernünftigen Leuten werden die Richter in erster Linie an sich denken". Darüberhinaus hat Reinicke¹⁾ gegen die Ansicht H. Westermanns Bedenken, da die Rechtssicherheit weitgehend beeinträchtigt werde: Bliebe die Gegenleistung unverändert, so sei in der Regel die Umdeutung z.B. eines nicht formgerecht beurkundeten Kaufvertrages über ein Grundstück in die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs oder in einen langjährigen Mietvertrag ausgeschlossen. Denn, heißt es weiter²⁾, "dafür wird der Käufer seine Gegenleistung im allgemeinen nicht in vollem Umfange erbringen wollen. Fällt aber die Schranke, daß die Gegenleistung unverändert bleiben muß, so ist die Umdeutung häufig möglich. Niemand kann dann vorhersehen, in welche Ersatzgeschäfte die Gerichte die nichtigen Vereinbarungen umdeuten werden und wie hoch sie die Gegenleistung festlegen". Krampe³⁾ hält diese Kritik als "Plädoyer ... gegen richterliche Vertragsgestaltung ... an sich (für) überzeugend". Er hält aber der Argumentation Reinickes Inkonsistenz vor. Denn wenn man die Konversion als einen "gegenüber der Auslegung eigenständigen Rechtsbehelf zur Aufrechterhaltung nichtiger Rechtsgeschäfte" sehe, heißt es weiter, "und dieses Konversionsverständnis richtig wäre, dann wäre nicht ersichtlich, weshalb eine Vertragsumgestaltung i.S. H. Westermanns abzulehnen wäre. Sieht man aber ... in § 140 BGB eine Auslegungsregel, dann kann ihre Anwendung nicht zu einer Vertragsgestaltung führen, wie sie H. Westermann befürwortet".

Die Kritik Reinickes überzeugt: Die Meinung H. Westermanns beruht auf der Vorstellung, die "konkretisierende Bestimmung" des Inhalts des Ersatzgeschäftes ergebe sich nicht aus dem vorgenommenen Rechtsgeschäft, sondern werde, weil dieses eben nichtig sei, durch das Gericht getroffen.⁴⁾ Von diesem Standpunkt

1) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 116.

2) Reinicke a.a.O.

3) Krampe, Konversion, S. 232.

4) vgl. H. Westermann, JZ 1963, 368.

aus mag es zwar konsequent erscheinen, wenn sich die danach gem. § 140 BGB ohnehin vorzunehmende Ersetzung der nichtigen Vertragsregelung nicht nur auf die Leistung beschränkt, sondern ggf. auch die Gegenleistung erfaßt. Diese Auffassung von der Umdeutung ist aber unzutreffend, wie sich an den hier in Frage stehenden Fällen besonders deutlich zeigt: Danach würde dem Richter durch § 140 BGB ein Mittel zur Umgestaltung nichtiger Geschäfte in die Hand gegeben, mit dessen Hilfe die Vorstellung des betreffenden Gerichts von der Vertragsgerechtigkeit durchgesetzt werden könnte, ohne daß gewährleistet bliebe, daß dem Willen der Parteien zum Erfolg verholfen würde. Eine Anpassung der Gegenleistung an die umgedeutete, mit minderem Inhalt aufrechterhaltene Hauptleistung im Wege richterlicher Gestaltung ist aber nach § 140 BGB genausowenig möglich wie z.B. im Rahmen des § 139 BGB, wenn sich die Teilnichtigkeit bei einem gegenseitigen Vertrag nur auf die Leistung, nicht aber auch auf die Gegenleistung bezieht.¹⁾

Daß sich im Normalfall des § 140 BGB der Inhalt der Leistungspflicht durch die Umdeutung verändern kann, läßt entgegen der Kritik Krampes ebenfalls nicht den Schluß zu, daß deshalb auch eine Veränderung der Gegenleistung möglich sein müßte. Denn die Veränderung ergibt sich nach § 140 BGB ggf. daraus, daß das nichtige Rechtsgeschäft, das den Erfordernissen eines anderen entspricht, mit dessen Hilfe die Parteien ihre Ziele ganz oder teilweise hätten verwirklichen können, nach dem Rechte des letzteren zu beurteilen ist. Dies bedeutet aber keine richterliche Umgestaltung des Geschäfts, sondern ist lediglich die Folge der nach § 140 BGB gebotenen, anderen rechtlichen Beurteilung des nichtigen Geschäfts. Die privatschriftlich erklärte Verpflichtung zur Grundstücksübertragung kann als Nieß-

1) zu § 139 BGB vgl. insbes. Sandrock, AcP 159, 481, 490; Lorenz, AT, § 23 II c, S. 453; Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 38 a.E. und 39 (anders aber bzgl. § 140 BGB, s. o. S. 365 Fn. 2; insofern widersprüchlich); ebenso Flume, AT II, § 32, 6, S. 582: Beschränkung der Wertung nach § 139 BGB, "ob der nicht von dem Nichtigkeitsgrund betroffene Teil des Rechtsgeschäfts aufrechtzuerhalten ist"; gegen eine Anpassungsmöglichkeit auch Staudinger-Dilcher § 139 Rdn. 26.

brauch, das Versprechen Wohnungseigentum einzuräumen als Dauerwohnrecht, die Pflicht zur Übertragung eines Nießbrauchs als Überlassung zu dessen Ausübung etc. aufrechterhalten werden, weil für die Verwirklichung der Ziele in den angesprochenen Fällen der eingeschlagene Weg unzulässig ist und das Gesetz zur (ggf. teilweisen) Durchsetzung der Ziele eben nur den rechtlichen Weg des anderen Rechtsgeschäfts offen hält. Das Geschäft wird gem. § 140 BGB nicht umgestaltet, sondern ihm wird lediglich eine (andere) rechtliche Schablone auferlegt, deren formalen und inhaltlichen Voraussetzungen die abgegebenen Erklärungen genügen. Hat aber diese andere rechtliche Beurteilung des Geschäfts nach dem Rechte des Ersatzgeschäftes nicht die Änderung der Gegenleistung zur Folge (z.B. weil dieses Recht bezüglich der Gegenleistung keinerlei zwingende Bestimmungen vorsieht), so ist eine Anpassung der Gegenleistung im Wege der rechtlichen Schlußfolgerung nicht möglich, sondern bedeutete mangels vorgegebener rechtlicher Maßstäbe einen vertragsumgestaltenden Eingriff des Gerichts. Ein solches richterliches Gestaltungsrecht kennt aber auch § 140 BGB nicht.¹⁾

Die Anpassung der Gegenleistung an die veränderte Leistung wäre darüberhinaus auch höchst schwierig und würde den Richter vor eine von ihm kaum sachgerecht zu bewältigende Aufgabe stellen: Denn der Richter müßte einerseits den wirtschaftlichen Wert der durch die Umdeutung veränderten Leistung in ihren Einzelheiten erkennen und in das Verhältnis zur Gegenleistung setzen, um feststellen zu können, zu welchem Opfer die eine Partei angesichts der verminderten Leistungspflicht der anderen noch bereit gewesen wäre. Für eine solche Bewertung von Leistung und Gegenleistung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten enthält § 140 BGB aber keine Maßstäbe.²⁾ Hatte sich z.B. in dem o.a. Beispiel der Erwerber ursprünglich verpflichtet, für das Wohnungseigentum 100.000,- DM zu zahlen, so steht der Richter gem. § 140 BGB vor der Frage, ob der Erwerber auch bereit gewesen wäre, diesen Betrag für die Einräumung lediglich

1) i.E. aber ebenso Krampe, Konversion, S. 232.

2) ähnlich für § 139 BGB Sandrock, AcP 159, 481, 490.

des Wohnrechts zu zahlen. In seltenen Ausnahmefällen kann dies angenommen werden, wenn nämlich aufgrund der richterlichen Auslegung festgestellt werden kann, daß es der einen Vertragspartei in der Hauptsache auf die dauernde Wohnmöglichkeit ankam und sie die Wohnung nicht etwa als Anlageobjekt verwerten wollte. Diese Beurteilung gründet sich weitgehend auf rechtliche Abwägungen, nämlich auf eine (ergänzende) Auslegung des in dem Vertrag und den Umständen zum Ausdruck gekommenen Willens der Parteien. Wie aber soll das Gericht feststellen, ob der Erwerber, der für das Wohnungseigentum 100.000,- DM zahlen wollte, für das Wohnrecht nicht 100.000,- DM, sondern z.B. 90.000,- DM oder 80.000,- DM oder nur 70.000,- DM usw. zu zahlen bereit gewesen wäre? Aber selbst wenn angenommen werden könnte, daß der Erwerber (maximal) z.B. 70.000,- DM für das Wohnrecht gezahlt hätte, dann wären damit die Überlegungen zum subjektiven Tatbestand des § 140 BGB noch keineswegs beendet. Denn als nächstes müßte gefragt werden, ob der Veräußerer, der das Wohnungseigentum für 100.000,- DM hergeben wollte, und damit auch bereit gewesen wäre, für die gleiche Summe das Weniger, nämlich das Wohnrecht, einzuräumen, auch mit 70.000,- DM als Gegenleistung für das Wohnrecht zufrieden gewesen wäre. Hält man die Anpassung der Gegenleistung an die verminderte Leistung im Wege der Umdeutung für zulässig, so müßte also der Richter bei der Ermittlung des hypothetischen Willens für jede Partei die Frage stellen: Hätte die Partei bei Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und bei Kenntnis der Höhe der herabgesetzten Gegenleistung die eigene veränderte Leistung gewollt? Wegen des Fehlens rechtlicher und konkreter wirtschaftlicher Maßstäbe wird der Richter verständlicherweise bei der Beantwortung dieser Fragen auf eine Beurteilung rein nach seinem Gerechtigkeitsgefühl zurückgreifen müssen. Dabei besteht aber die Gefahr, daß das eigentliche Ziel der Umdeutung, nämlich den durch die Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien möglichst weitgehend zu verwirklichen, auf der Strecke bleibt, und der Wille der Parteien nicht verwirklicht, sondern durch den Willen des Richters ersetzt wird. In dieser Situation ist es interessengerechter und entspricht dem Sinn und Zweck des

§ 140 BGB am ehesten, zugunsten der Rechtssicherheit und zur Gewährleistung privatautonomer Vertragsgestaltung durch die Parteien von einer Umdeutung, die eine Anpassung der Gegenleistung durch das Gericht notwendig machen würde, ganz Abstand zu nehmen, und es bei der Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrages insgesamt zu belassen.

Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, daß sich bei der Umdeutung eines gegenseitigen Vertrages sowohl die Leistung als auch die Gegenleistung ändern. Zwar ist der Richter nicht befugt, die Gegenleistung an die durch Umdeutung veränderte Hauptleistung anzupassen. Einer Umdeutung unter Veränderung der Gegenleistung steht aber dann nichts im Wege, wenn sich diese Veränderung aus dem Gesetz selbst, nämlich aus den für das in Frage kommende Ersatzgeschäft geltenden Vorschriften ergibt. So liegt es z.B. bei der Umdeutung eines entgegen § 1822 Nr. 5 BGB ohne die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung geschlossenen langjährigen Pachtvertrages, der gem. § 140 BGB mit zulässiger (genehmigungsfreier) Laufzeit aufrechterhalten werden kann.¹⁾ Durch die Aufrechterhaltung mit kurzer Laufzeit mindert sich die Verpflichtung des Verpächters, der den Pachtgegenstand nur noch für die kürzere Laufzeit zur Verfügung stellen muß. Andererseits verringert sich aber auch die Pflicht des Pächters, der den Pachtzins seinerseits ebenfalls nur für die kurze Laufzeit zu entrichten hat. Ähnlich liegt es in dem Erbpachtfall. Dort hat das RG²⁾ einen Vertrag, der für 99 Jahre gelten sollte, als gewöhnlichen Pachtvertrag gem. § 140 BGB aufrechterhalten, der gem. §§ 581 Abs. 2, 567 S. 1 BGB nach 30 Jahren von jedem Vertragsteil gekündigt werden konnte. Wenn nun der Vertrag nach Ablauf der Frist gekündigt wird, so entfällt die Pflicht des Verpächters, den Vertragsgegenstand für die Zukunft zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend fällt auch die Verpflichtung des Pächters zur Entrichtung des Pachtzinses für die Zeit nach der Kündigung weg. Hat der Pächter den Pachtzins für die gesamte Laufzeit vorge-

1) vgl. zur Frage der Anwendbarkeit des § 140 BGB ausführlich o. S. 205ff.

2) RG WarnR 1928 Nr. 120, S. 235.

leistet, wie dies dem vom RG zu entscheidenden Fall entsprach, so reduziert sich die Leistungspflicht des Pächters auf den auf die wirkliche Pachtdauer entfallenden Pachtzins.¹⁾ Die beiderseitige Leistungsreduzierung ergibt sich somit nicht durch eine richterliche Vertragsumgestaltung, sondern aus dem (zwingenden²⁾) Recht des Pachtvertrages, der in §§ 581 Abs. 2, 567 S. 1 BGB ein durch Parteivereinbarung nicht entziehbares Kündigungsrecht nach Ablauf von 30 Jahren vorsieht. Weitere Voraussetzung für die Beendigung des Pachtverhältnisses ist es freilich, daß das Kündigungsrecht auch tatsächlich ausgeübt wird.³⁾

Verändern sich nach § 140 BGB Leistung und Gegenleistung, so muß aber jeweils streng geprüft werden, ob die Parteien den Vertrag z.B. auch mit kürzerer Laufzeit bzw. mit einem Kündigungsrecht abgeschlossen hätten. Ein Indiz für den hypothetischen Willen bildet dabei sicherlich die von H. Westermann angesprochene Frage, ob sich nämlich die beiderseitig verkürzten Leistungen noch entsprechend dem ursprünglichen Äquivalenzverhältnis gegenüberstehen. An dem subjektiven Tatbestand des § 140 BGB kann es dagegen fehlen, wenn z.B. eine Vertragspartei an dem Abschluß nur eines langfristigen Vertrages interessiert war oder aber das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung durch die abgekürzte Laufzeit nicht nur unerheblich verschoben wird. So hatte in einem Fall, den der BGH⁴⁾ zu entscheiden hatte, der entmündigte Kläger mit Zustimmung seines Vormundes eine Lebensversicherung auf den Todes- und Erlebensfall mit laufender Prämienzahlungspflicht abgeschlossen. Die Versicherungssumme sollte spätestens nach 24-jähriger Laufzeit des Vertrages ausgezahlt werden. Da durch den Versicherungsvertrag der Mündel auf längere Zeit als vier Jahre zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wurde, bedurfte der Vertrag gem. § 1902 Abs. 2 BGB der Genehmigung

1) so RG WarnR 1928 Nr. 120, S. 235, 237.

2) vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 581 BGB; Palandt-Putzo § 567 Anm. 1.

3) i.E. ebenso Reinicke, Rechtsfolgen, S. 115.

4) BGHZ 28, 78ff.

durch das Vormundschaftsgericht, die jedoch nicht eingeholt wurde. Der Lebensversicherungsvertrag war deshalb, so wie er abgeschlossen war, unwirksam. Der Mündel verlangte dementsprechend mit der Klage Rückzahlung der geleisteten Prämien. Es stellte sich deshalb die Frage, ob der Vertrag mit genehmigungsfreier, nämlich vierjähriger Laufzeit, aufrechterhalten werden konnte. Der BGH¹⁾ hat dies abgelehnt²⁾, weil nicht angenommen werden könne, "daß die Parteien den Vertrag mit gleichem Inhalt auch für die zugelassene kürzere Dauer ... abgeschlossen hätten. Eine solche Annahme scheidet ... bei Lebensversicherungsverträgen auf den Erlebens- und Todesfall von vornherein deshalb aus, weil bei ihnen die Prämienhöhe in einem festen inneren Zusammenhang mit der Vertragsdauer steht, derart, daß sich bei einer kürzeren Vertragsdauer auch eine entsprechende höhere Prämie ergibt. Deshalb kann bei ihnen grundsätzlich nicht gesagt werden, daß die Parteien den Vertrag gleichen Inhalts auch für die genehmigungsfreie kürzere Zeit abgeschlossen hätten ..." ³⁾

Dieser Entscheidung, die in der Rechtslehre Zustimmung gefunden hat⁴⁾, sind für die Umdeutung gegenseitiger Verträge zwei wichtige Aspekte zu entnehmen: Zum einen bestätigt der BGH, daß die Gegenleistung, nämlich die Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers, nicht entsprechend der kürzeren Laufzeit erhöht werden darf. Zum anderen ist es danach dem Richter aber auch verwehrt, die Versicherungssumme durch Herabsetzung an die verkürzte Laufzeit anzupassen. Für beide Wege bietet (weder § 139 BGB noch) § 140 BGB eine Handhabe. Auch der BGH beur-

1) BGHZ 28, 78ff.

2) Der BGH zieht allerdings zur Beurteilung nicht § 140 BGB, sondern § 139 BGB analog heran; zur Anwendbarkeit des § 140 BGB vgl. o. S. 205ff; i.E. wirkt sich jedoch die verschiedene dogmatische Konstruktion nicht aus, so daß die Erwägungen auch für § 140 BGB Gültigkeit beanspruchen können, vgl. dazu im einzelnen o. S. 205ff, 213ff.

3) BGHZ 28, 78, 84.

4) Sandrock, AcP 159, 481, 490; ebenso Larenz, AT, § 23 II b, S. 451; Flume, AT II, § 32, 2 d, S. 574 Fn. 18; Soergel-Hefermehl § 139 Rdn. 39.

teilt den Lebensversicherungsvertrag lediglich nach dem Recht des gem. § 1902 Abs. 2 BGB genehmigungsfrei möglichen Versicherungsvertrags mit vierjähriger Laufzeit. Und unter Anwendung dieses Rechts ergibt sich eben aus dem Gesetz keine Veränderung und keine Anpassung von Leistung und Gegenleistung. Die durch die verkürzte Laufzeit sich ergebende Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses kann also nicht durch richterliche Abänderung der gegenseitigen Leistungen wieder ausgeglichen werden, um den Einklang mit dem hypothetischen Willen herstellen zu können. Dem ist zuzustimmen.

Ergebnis

Verschiebt sich durch die Umdeutung eines gegenseitigen Vertrages das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu Lasten einer Partei, so daß nicht angenommen werden kann, daß sie das Ersatzgeschäft unter Aufrechterhaltung der eigenen vollen Leistungspflicht gewollt hätte, so ist u.a. aus Gründen der Rechtssicherheit eine Anpassung der Gegenleistung an die verminderte Leistung zur Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses nicht möglich. Es hat dann (wegen Fehlens des subjektiven Tatbestandes des § 140 BGB) bei der Nichtigkeit des Geschäfts zu verbleiben.

Dagegen ist es nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß die Gegenleistung stets unverändert bleibt. Ob das eine oder das andere der Fall ist, richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften, die für das Ersatzgeschäft gelten und nach denen das nichtige Geschäft nach § 140 BGB zu beurteilen ist. Belange der Rechtssicherheit stehen in einem solchen Falle der Umdeutung nicht entgegen.

c) Wechsel- und Scheckstrenge; internationales Wechsel- und Scheckrecht

Wechselrechtliche Erklärungen auf einem gezogenen formnichtigen Wechsel können nach Ansicht des RG, der der BGH gefolgt ist, nicht in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen

umgedeutet werden. Zu verschiedenen Argumentationen ist bereits Stellung genommen worden.¹⁾ Als ein weiteres zusätzliches Argument gegen eine Umdeutung wechselrechtlicher Erklärungen ist von Duden²⁾ angeführt worden, eine derartige Konversion gefährde das öffentliche Interesse an der Klarheit des Verkehrs mit kaufmännischen Verpflichtungsscheinen, wie es durch die wechselrechtlichen Formvorschriften zum Ausdruck komme.³⁾ Es sei zumindest rechtspolitisch verfehlt, hat Siller⁴⁾ ausgeführt, "Rechtseinrichtungen wie Wechsel und Scheck, die als Mittel des Kredit- und Zahlungsverkehrs eine so außerordentliche Bedeutung gewonnen haben, mit einer Rechtsunsicherheit zu belasten, wie sie die Anwendung des § 140 BGB notwendig mit sich bringen muß".

In der Tat ist das Wechsel- ebenso wie das Scheckrecht ein streng formalisiertes Recht. Dies kommt insbes. durch die Formvorschriften des Art. 1 bzw. Art. 75 WG und Art. 1 SchG zum Ausdruck. Der Grundsatz der Wechselstrenge⁵⁾ dient dem Schutze der Verkehrssicherheit⁶⁾ und ist Voraussetzung dafür, daß der Wechsel seine Aufgabe als kurzfristiges Umlaufpapier erfüllen kann.⁷⁾ So bedarf der Wechsel anders als sonstige Verpflichtungserklärungen zu seiner Gültigkeit ausdrücklich der Bezeichnung als "Wechsel". Denn hierdurch werde erreicht, hat der BGH jüngst bekräftigt⁸⁾, daß der Wechsel "sich von jedem

-
- 1) vgl. im einzelnen o. S. 10ff, 95ff, 185ff, 241ff, 252ff und 343ff.
 - 2) Baumbach/Duden, 13. Aufl. (1959) bis 18. Aufl. (1968), jeweils § 363 Anm. 1 E; anders noch in der 10. Aufl. (1953), § 363 Anm. 2 A und später; vgl. Baumbach/Duden/Hopt § 363 Anm. 1 B.
 - 3) ebenso Klausung, JW 1930, 3761, 3763; zustimmend Siller, AcP 138, 144, 176.
 - 4) Siller, AcP 138, 144, 176.
 - 5) zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Sedatis insbes. S. 21ff und S. 58ff.
 - 6) Hueck/Canaris § 8 V, S. 58ff; Reinicke, DB 1960, 344; Jacobi S. 360.
 - 7) Baumbach/Hefermehl, WG Einl., Rdn. 12, 15.
 - 8) BGH, Urt. v. 7.12.1981, abgedr. in NJW 1982, 523, 524 unter Bezugnahme auf Jacobi S. 360.

anderen Schuldversprechen deutlich unterscheidet, so daß jeder, der Rechte und Pflichten aus dem Papier erlangt, auf den ersten Blick sehen kann, daß er es mit dem 'scharf geschliffenen Wechselrecht' zu tun hat ...". Es besteht somit im Wechsel- und Scheckrecht sicherlich ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Jedoch kann hieraus nicht gefolgert werden, daß die Umdeutung nichtiger Wechsel und Schecks ausgeschlossen wäre. So ist insbes. Reinicke¹⁾ der o.a. Ansicht Dudens mit Recht entgegengetreten: Das WG hat die Formvorschriften nur für Wechsel aufgestellt und an die Verletzung dieser Formvorschriften die Rechtsfolge geknüpft, daß die Wechselurkunde nicht als Wechsel gelte, vgl. Art. 2 WG. Hieraus folgt nur, daß keine wechselfähige Verpflichtung entstanden ist. Hält man z.B. die Erklärung des Akzeptanten auf einem Wechsel als bürgerlich-rechtliches Schuldversprechen aufrecht, so liegt hierin keine Umgehung oder Beeinträchtigung der Belange der Rechtssicherheit, die die Vorschriften des WG fordern. Denn auf das (umgedeutete) Geschäft, nämlich das bürgerlich-rechtliche Schuldversprechen, kommt das "scharf geschliffene Wechselrecht" nicht zur Anwendung. Ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, wie es im Wechselrecht gefordert wird, besteht für ein solches Schuldversprechen nicht.²⁾ Wenn die Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind, besteht daher aus Gründen der Rechtssicherheit kein Grund, den Akzeptanten, der seine Erklärung auf einen nichtigen Wechsel gesetzt hat, zu schützen. Im Gegenteil wird es gerade als unbillig empfunden, es bei der Nichtigkeit zu belassen, wenn

1) Reinicke, DB 1960, 1028, 1029.

2) ähnlich Reinicke, DB 1960, 1028, 1029; Liesecke, WM 1971, 294, 297; Bürck, SchlHA 1973, 37, 41, 42; ganz ähnlich bereits v. Savigny, Obligationenrecht II, § 77 II, S. 247: Die "Beobachtung sehr strenger schriftlicher Formen (beim Wechselgeschäft) ... hat aber nicht den Sinn, daß, wo diese Formen gar nicht, oder in mangelhafter Weise, beobachtet sind, das Geschäft wirkungslos bleiben müßte; es kann daneben stets als eine wahre, und selbst klagbare, Obligation gelten und wirken. Nur die eigenthümlichen Folgen des Wechselgeschäfts können dann nicht eintreten; nämlich das besonders schnelle Verfahren ..."

die wechselrechtlichen Erklärungen an den strengen Vorschriften des Wechselrechts gescheitert sind. "Nur allzuleicht", hat Liesecke¹⁾ mit Recht ausgeführt, "befreit ein Formfehler den nicht schutzwürdigen Zeichner von der beabsichtigten abstrakten Haftung". Es ist aber nicht einzusehen, warum der Akzeptant, der sich zu dem wechselrechtlichen Mehr verpflichten wollte, nicht an dem Weniger der bürgerlich-rechtlichen Haftung festgehalten werden soll. Belange der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit stehen einer derartigen Umdeutung jedenfalls nicht entgegen.²⁾

Besonderheiten könnten sich letztlich aus der internationalen Geltung des Wechselrechts ergeben. Wegen der überstaatlichen Bedeutung des Wechsels im Welthandel wurde die in Deutschland geltende Wechselordnung vom 27.11.1848 (Leipziger Entwurf)³⁾, die am 16.4.1871 Reichsgesetz geworden war, durch das Wechselgesetz vom 21.6.1933⁴⁾ abgelöst. Hierdurch wurde das durch die Genfer Wechselrechtskonferenz in der Zeit vom 13.5. - 7.6. 1930 ausgehandelte Abkommen über das Einheitliche Wechselgesetz ratifiziert, dem u.a. fast alle europäischen Länder beigetreten sind.⁵⁾ Wenn nun in den übrigen Vertragsstaaten die Aufrechterhaltung nichtiger wechselrechtlicher Erklärungen ausgeschlossen wäre, so könnte dies gegen eine Anwendung des § 140 BGB sprechen. Jedoch zeigt ein Blick in die internationale Rechtsprechung zum Wechselrecht⁶⁾, daß die Aufrechterhaltung nichtiger Wechsel als sonstige Verpflichtungserklärungen sogar häufiger für zulässig erachtet wird als nach der hiesigen Rechtsprechung. So wird z.B. in der Schweiz die Um-

1) Liesecke, WM 1971, 294, 297.

2) i.E. auch Krampe, Konversion, S. 269.

3) zur geschichtlichen Entwicklung bis zum WG vgl. Staub/Stranz, Allgemeine Einleitung, Anm. 1ff und Baumbach/Hefermehl, Einleitung WG, Rdn. 1ff; zu der Bestrebung der Schaffung eines "Internationalen Wechsels" vgl. Liesecke, WM 1973, 442ff.

4) RGBl. I 399.

5) vgl. im einzelnen Hupka S. 1ff; Jacobi S. 13ff.

6) vgl. insbes. v. Caemmerer, Internationale Rechtsprechung, 1.-3. Folge und Liesecke, WM 1971, 294ff.

deutung eines formnichtigen Wechsels in ein Schuldanerkenntnis¹⁾ für zulässig gehalten. In Frankreich kann das Akzept auf einem Wechsel ohne Ausstellerunterschrift als eigener Wechsel des Akzeptanten aufrechterhalten werden.²⁾ In Italien hält die Rechtsprechung sogar die Umdeutung präjudizierter und verjährter Wechsel und Schecks in Zahlungsversprechen für zulässig.³⁾ Wie diese Rechtsprechung zur Aufrechterhaltung nichtiger Wechsel und Schecks belegt, spricht die überstaatliche Bedeutung des Wechselrechts nicht gegen, sondern eher für die Anwendung des § 140 BGB.

Das besondere Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Wechselverkehr sowie die internationale Bedeutung von Wechsel und Scheck stehen somit einer Umdeutung nichtiger wechsel- und scheckrechtlicher Erklärungen in Verpflichtungserklärungen nach bürgerlichem Recht nicht entgegen.

Ergebnis zu IV.: Einschränkungen der Umdeutung

1. Ein wegen Sittenverstoßes gem. § 138 BGB nichtiges Rechtsgeschäft kann nicht im Wege der Umdeutung mit sittengemäßigem Inhalt aufrechterhalten werden. Dies verbieten Sinn und Zweck des § 138 BGB, die eine absolute Nichtigkeit des sittenwidrigen Geschäfts fordern.

Dagegen besteht kein Bedürfnis, den Anwendungsbereich des § 140 BGB bei formwidrigen Geschäften durch Sinn und Zweck der Formvorschriften einzuschränken.

Sinn und Zweck der §§ 1365, 1366 BGB stehen einer Umdeutung ebenso nicht entgegen. Eine Aushöhlung der dem anderen Ehegatten und der Familie durch diese Vorschriften gewährten Rechtspositionen durch die Umdeutung ist nicht zu befürchten.

1) vgl. v. Caemmerer, Internationale Rechtsprechung, 1. Folge, S. 28 (Schweiz Nr. 1) und 3. Folge, S. 14 (Schweiz Nr. 2).

2) vgl. die Nachweise bei Liesecke, WM 1971, 294, 297.

3) vgl. Liesecke a.a.O.; vgl. weiter die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl Art. 2 WG Rdn. 12.

Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten, die gem. § 2270 Abs. 1 oder § 2268 Abs. 2 BGB unwirksam sind, können nicht im Wege der Umdeutung aufrechterhalten werden. Diese Regelungen verdrängen § 140 BGB vollständig. Im Falle der Ehenichtigkeit sind alle Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament gem. § 2268 Abs. 1 BGB endgültig unwirksam ohne Rücksicht darauf, ob sie ehebedingt oder eheunabhängig sind. § 2268 Abs. 1 BGB enthält ein gesetzliches Umdeutungsverbot.

Verfügen Nicht-Ehegatten gemeinschaftlich, so steht § 2265 BGB einer Umdeutung nicht im Wege. Die Vorschrift enthält kein gesetzliches Umdeutungsverbot.

Auch §§ 2271 Abs. 2 S. 1 und 2289 Abs. 1 S. 1 BGB schließen eine Umdeutung nicht aus. Daß eine Verfügung von Todes wegen, die entgegen der Bindung nach §§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen worden ist, nicht in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden umgedeutet werden kann, ergibt sich daraus, daß es bereits an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB fehlt.

Die Gesetzesformulierungen im Wechsel- und Scheckrecht, wonach bestimmte Erklärungen und Vermerke auf dem Papier als "nicht geschrieben" bzw. "nicht erfolgt" gelten, verbieten die Umdeutung der betreffenden wechsel- bzw. scheckrechtlich unwirksamen Erklärungen in bürgerlich-rechtliche Erklärungen nicht. Der Sinn dieser Formulierungen besteht vielmehr lediglich darin klarzustellen, daß der Bestand des Wechsels bzw. Schecks im übrigen trotz des unerwünschten Vermerkes auf dem Papier nicht gefährdet wird.

Die Konversion eines Annahmevermerks, der entgegen Art. 4 S. 1 SchG gesetzt worden ist, ist dagegen ausgeschlossen. Dies ergibt sich aber nicht schon aus dem Wortlaut des Art. 4 S. 2 SchG, wonach der Annahmevermerk als "nicht geschrieben" gilt, sondern aus Sinn und Zweck des Akzeptsverbots nach Art. 4 S. 1 SchG.

2. Die Umdeutung einseitiger Gestaltungsgeschäfte ist zulässig. Sie setzt jedoch im Interesse der Rechtssicherheit und insbes. zum Schutze des Erklärungsgegners voraus, daß dieser aufgrund

der Umstände eindeutig erkennen konnte, daß der Erklärende bei Kenntnis der Nichtigkeit das Ersatzgeschäft vorgenommen hätte.

Verschiebt sich durch die Umdeutung eines gegenseitigen Vertrages das Äquivalenzverhältnis zu Lasten einer Partei, so daß nicht angenommen werden kann, daß sie das Ersatzgeschäft unter Aufrechterhaltung der eigenen vollen Leistungspflicht gewollt hätte, so ist eine Anpassung der Gegenleistung an die verminderte Leistung zur Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses wegen des Verbots richterlicher Vertragsgestaltung und des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit nicht möglich.

Dagegen ist es nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß die Gegenleistung stets unverändert bleibt. Ob das eine oder andere der Fall ist, richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften, die für das Ersatzgeschäft gelten und nach denen das nichtige Geschäft gem. § 140 BGB zu beurteilen ist.

Das besondere Bedürfnis für Wechsel und Scheck nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie deren Charakter als internationale Wertpapiere stehen einer Umdeutung nichtiger wechsel- und scheckrechtlicher Erklärungen in bürgerlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen nicht entgegen.

V. Die Umdeutung im Zivilprozeß und Grundbuchverfahren

In den vorstehenden Kapiteln I-IV wurden Fragen besprochen, die die materiellen Voraussetzungen der Umdeutung betreffen. Das folgende V. Kapitel beschäftigt sich mit prozessualen Fragen und Besonderheiten der Umdeutung nichtiger Rechtsgeschäfte im Zivilprozeß und im Grundbuchverfahren.

1. Amtswegige Anwendung des § 140 BGB

Liegen nach dem Sachvortrag der an dem Prozeß beteiligten Parteien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 140 BGB vor, so fragt sich, ob es zur Umdeutung des nichtigen Geschäfts einer Geltendmachung durch die Parteien bedarf oder ob das erkennende Gericht § 140 BGB auch dann anwenden kann und muß, wenn sich keine der Parteien auf diese Vorschrift beruft.

Insbes. Siller¹⁾ hat die Ansicht vertreten, § 140 BGB dürfe nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern müsse zumindest schlüssig seitens der Parteien geltend gemacht werden. Dies begründet Siller²⁾ mit der Erwägung, die Konversion diene in erster Linie Parteibelangen. "Mit diesem Zweck", heißt es weiter³⁾, "würde sich eine (Konversion) gegen den Willen desjenigen, dem sie helfen soll, in Widerspruch setzen". Diesen Ausführungen liegt die Vorstellung Sillers zugrunde, § 140 BGB ver helfe dem nichtigen Geschäft nicht von sich aus zur Wirksamkeit, sondern begründe lediglich "die Befugnis, an seine Stelle ein anderes zu setzen".⁴⁾ Nach dem Konversionsverständnis Sillers beseitigt nicht schon diese "in dem nichtigen Geschäft steckende Umwandlungsbefugnis die Nichtigkeit, ... sondern erst ihre Ausübung, sei es durch den Spruch des Richters, sei es durch die Einwilligung des Vertragsgegners". Bis dahin, heißt es weiter⁵⁾, "bestehen also Nichtigkeit und Umwand-

1) Siller, AcP 138, 144, 185ff.

2) Siller, AcP 138, 144, 185.

3) Siller a.a.O.

4) vgl. Siller, AcP 138, 144, 157.

5) Siller a.a.O.

lungsbefugnis nebeneinander. Es stehen also Geltenlassen der Nichtigkeit und Umschaffung zur Wahl".

Diese Ansicht findet im Gesetz keine Stütze. § 140 BGB ist gesetzestechnisch nicht als Einrede oder Einwendung konzipiert. Die Vorschrift räumt ihrem Wortlaut nach nicht dem oder den Erklärenden eine Umwandlungsbefugnis und ein Wahlrecht zwischen Nichtigkeit und Ersetzung des nichtigen Geschäfts durch ein anderes ein, sondern ordnet unmittelbar als Rechtsfolge an, daß das andere Geschäft "gilt", wenn das nichtige Geschäft dessen Erfordernissen entspricht und anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Nicht die Parteien oder der Richter ersetzen das einmal vorgenommene (nichtige) Geschäft durch ein anderes. Den Parteien steht nach § 140 BGB auch kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i.S.d. §§ 315ff BGB zu, das die eine Partei zur Umwandlung des nichtigen Geschäfts in ein nach billigem Ermessen zu bestimmendes Ersatzgeschäft ermächtigen würde.¹⁾ Die Gültigkeit des umgedeuteten Geschäfts wird also nicht durch den Richter oder die Parteien hergestellt, sondern beruht auf dem Gesetz: § 140 BGB selbst ordnet unmittelbar die Geltung des anderen Geschäfts an.²⁾ Als Bestandteil der Privatrechtsordnung hat das Gericht deshalb diese Vorschrift von Amts wegen zu prüfen, ohne daß es einer entsprechenden Geltendmachung durch die Parteien bedürfte. Dies ist entgegen der Ansicht Sillers, die sich nicht hat durchsetzen können, heute in Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein anerkannt.³⁾

1) so aber ohne nähere Begründung H. Westermann, JZ 1963, 368, 369.

2) V. Tuhr, AT II 1, S. 287 Rn. 52.

3) vgl. z.B. BGH NJW 1963, 339, 340; Soergel-Hefermehl § 140 Rdn. 8; Erman-Brox § 140 Rdn. 18; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 3; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 35; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 8 (vgl. aber auch u. S. 394 Fn. 3); dies entspricht (entgegen Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1) auch der Rechtsprechung des BAG zur Kündigungskonversion; soweit das BAG ausführt, "von Amts wegen" dürfe das Gericht eine Umdeutung nicht vornehmen (vgl. BAG DB 1975, 212, 213), bedeutet dies lediglich, daß der Beibringungsgrundsatz ohne Einschränkung gilt, vgl. insbes. BAG DB 1976, 634; zum Beibringungsgrundsatz sogleich.

Eine Umdeutung kann also auch dann in Betracht zu ziehen sein, wenn keine der Parteien z.B. die Nichtigkeit des Geschäfts oder aber dessen Umdeutbarkeit erkannt hat. In einem solchen Falle kann aber das Gericht zu einem entsprechenden Hinweis an die Parteien gem. § 139 ZPO gehalten sein, damit diese ihren Sachvortrag ggf. ergänzen und ihre Anträge ggf. umstellen können, und um eine für die Parteien überraschende Entscheidung i.S.d. § 278 Abs. 3 ZPO zu vermeiden.

2. Darlegungs- und Beweisfragen

Die amtswegige Anwendung des § 140 BGB bedeutet selbstverständlich keine Einschränkung des zivilprozeßrechtlichen Beibringungsgrundsatzes.¹⁾ Die Tatsachen, aus denen sich die Umdeutung des nichtigen Geschäfts rechtfertigen soll, werden nicht von Amts wegen ermittelt, sondern müssen von den Parteien beigebracht, d.h. in den Prozeß eingeführt und ggf. bewiesen werden.²⁾ Eine Pflicht des Tatsachenrichters, die für die Umdeutung wesentlichen Umstände von Amts wegen zu ermitteln, besteht im Rahmen der Geltung des Beibringungsgrundsatzes dagegen nicht. Dies gilt insbes. auch für die Tatsachen, die ggf. die Annahme rechtfertigen können, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit das andere Geschäft i.S.d. § 140 BGB gewollt haben würden. Das BAG³⁾ hat dies im Rahmen der Kündigungskonversion besonders deutlich herausgestellt. Danach kann das Gericht, sofern es an jeglichem Anhaltspunkt fehlt, nicht einfach den Willen unterstellen, daß der Kündigende bei Kenntnis der Nichtigkeit der außerordentlichen Kündigung auch eine ordentliche Kündigung gewollt hätte. Die Umdeutung ist vielmehr nur möglich, wenn die erforderlichen Tatsachen vorgetragen werden.⁴⁾ Ist das aber

1) zum Beibringungsgrundsatz vgl. Zöller-Stephan Vor § 284 I; und ausführlich Zettel S. 17ff; auch Verhandlungsgrundsatz genannt, vgl. Thomas/Putzo Einl. I 1 a.

2) vgl. insbes. Zettel S. 30.

3) BAG DB 1975, 212f.

4) BAG DB 1975, 212, insbes. LS 1.

der Fall, geben also die vorgetragenen Tatsachen Anlaß dafür, daß der Kündigende in jedem Falle auch eine ordentliche Kündigung gewollt hätte, so hat das Gericht § 140 BGB zu prüfen, ohne daß es dazu erforderlich wäre, daß sich der Kündigende auf diese Vorschrift beruft.¹⁾ Rechtfertigen die vorgetragenen Tatsachen nicht den Schluß, daß das nichtige Geschäft gem. § 140 BGB in umgedeuteter Form Geltung haben kann, oder sind die tatsächlichen Voraussetzungen des § 140 BGB zwar schlüssig dargelegt, können aber nicht bewiesen werden, oder verbleiben Zweifel, so hat es bei der Nichtigkeit des Geschäfts zu verbleiben. Dagegen kann es naturgemäß bezüglich der bei § 140 BGB anfallenden rechtlichen Wertungen und Qualifizierungen, soweit es sich um reine Rechtsfragen handelt, keine Darlegungs- und Beweislast geben.²⁾ Das Gericht hat das geltende Recht von sich aus anzuwenden. Genauso, wie bei der Anwendung der §§ 133, 157 oder 139 BGB zwischen den Tatsachen, die für eine Auslegung wesentlich sein können, und der Auslegung bzw. rechtlichen Schlußfolgerung selbst unterschieden wird³⁾, sind somit auch bei § 140 BGB die Tatsachen und die daraus (i.S. einer rechtlichen Bewertung) hergeleitete Umdeutung zu trennen: Bezüglich der der Umdeutung zugrundeliegenden Tatsachen ist ggf. voller Beweis erforderlich. Die Darlegungs- und Beweislast trägt nach den allgemeinen Regeln derjenige, für den sich aus § 140 BGB eine günstige Rechtsfolge herleitet.⁴⁾

1) so ausdrücklich BAG DB 1976, 634 (zu II. der Gründe); das entspricht auch der arbeitsrechtlichen Literatur; soweit dort (in Anlehnung an die genannten Entscheidungen des BAG) gefordert wird, das Gericht dürfe die Umdeutung nicht "von Amts wegen" vornehmen, wird dies lediglich in dem im Text dargelegten Sinne verstanden, vgl. Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 13 Rdn. 32 a.E. m.w.N.; ebenso Bopp S. 271; Schaub, Arbeitsrecht, § 123 X 3, S. 761 m.w.N.; besonders deutlich insoweit auch LAG Hamm BB 1982, 2109f.

2) vgl. flume, AT II, S. 595 und 581.

3) vgl. BGHZ 20, 109, 111 unter Hinweis auf RG JW 1915, 650 und JW 1927, 514; BGH LM Nr. 17 zu § 133 (C) BGB; BGH WM 1962, 812, 183; ausführlich Gottwald insbes. S. 234ff m.w.N.; Pöhle, MDR 1951, 91f; vgl. Rosenberg/Schwab § 116 I 1, S. 669.

4) Erman-Brox § 140 Rdn. 18.

Behauptet der Gegner, für den die (schlüssig dargelegte) Umdeutung des nichtigen Geschäfts nachteilig wäre, seinerseits Umstände, die die Anwendung des § 140 BGB wiederum ausschließen würden, so fällt ihm für die Einwendungen die Beweislast zu.

Bezüglich des objektiven Umdeutungstatbestandes muß also ggf. der Abschluß des nichtigen Rechtsgeschäfts bewiesen sein. Außerdem sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Zielvorstellungen der Beteiligten bei Abschluß des Geschäfts als Tatsachen eines Beweises zugänglich und damit ggf. auch eines Beweises bedürftig. Nicht dagegen muß auch das Ersatzgeschäft (als rechtstechnische Form), in das umgedeutet werden soll, im einzelnen dargelegt oder bewiesen werden. Welches Ersatzgeschäft die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, mit dessen Hilfe die Parteien ihre Ziele hätten ganz oder teilweise verwirklichen können, ist eine nach den (festgestellten) Zielvorstellungen der Parteien sich richtende Frage der Qualifikation, d.h. der rechtlichen Einordnung und Bewertung des (nichtigen) Rechtsgeschäfts anhand der Rechtsordnung.

Die allgemeinen Beweislastregeln gelten auch für den subjektiven Tatbestand des § 140 BGB. Der hypothetische Wille, d.h. die Frage, ob anzunehmen ist, daß die Geltung des umgedeuteten Geschäfts gewollt sein würde, ist weder ausschließlich eine reine Tatsachenfrage, weil die Parteien einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen nicht gebildet haben¹⁾, noch eine reine rechtliche Bewertungsfrage, die sich allein aus Verurteilungsgründen herleiten ließe. Wie oben bereits angesprochen²⁾, zerfällt vielmehr auch der subjektive Tatbestand in eine Tatsachen- und eine rechtliche Bewertungsfrage: Die Tatsachen, die die Annahme, d.h. den rechtlichen Schluß rechtfertigen sollen, daß das Ersatzgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde, müssen durch die Parteien dargetan und bewiesen werden. Die daraus hergeleitete Schlußfolgerung selbst ist dagegen eine reine rechtliche Wertungsfrage, für die es keine Darlegungs- und Beweislast geben kann.

1) BGH WM 1966, 711, 712.

2) s. o. S. 382ff.

Die allgemeinen Beweislastregeln gelten auch für die im subjektiven Tatbestand des § 140 BGB vorausgesetzte Unkenntnis der Nichtigkeit bei Abschluß des Geschäftes. Als Tatbestandsmerkmal der Vorschrift hat die Partei die Unkenntnis darzulegen und zu beweisen, die eine sich aus § 140 BGB ergebende günstige Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt.¹⁾ Es gelten die Regeln über den Beweis einer negativen Tatsache.²⁾

In diesem Zusammenhang drängt sich ein Vergleich des § 140 BGB mit der Regelung des § 139 BGB auf: Während die teilweise Nichtigkeit nach dieser Vorschrift im Zweifel das Ganze nichtig macht, spricht nach § 140 BGB keine Vermutung gegen die Umdeutung, freilich auch nichts dafür.³⁾ Die Aufstellung einer für oder gegen die Umdeutung sprechenden Vermutung wurde sogar in den Motiven ausdrücklich als bedenklich angesehen und stattdessen auf die Prüfung des einzelnen Falles verwiesen.⁴⁾ Auf den ersten Blick scheint eine günstigere Behandlung der Umdeutung gegenüber der Teilnichtigkeit vorzuliegen, die z.T. in der Literatur⁵⁾ damit gerechtfertigt wird, daß die teilweise Nichtigkeit eines Geschäfts den vollen Eintritt des beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolges zu hindern pflege, während die Umdeutung dessen Möglichkeit unberührt lasse und an sich nur das juristische Mittel, nicht aber den Zweck des Geschäfts ändere. Es wäre aber wegen des dicht beieinander liegenden und insbes. in den Fällen sog. quantitativer und qualitativer Teilnichtigkeit sich z.T. sogar überschneidenden Anwendungsbereichs der Vorschriften bedenklich, wenn die Geltung des anderen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 140 BGB an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft wäre als die Geltung des (Rest-) Geschäftes nach § 139 BGB. Dies ist jedoch nicht der Fall: Nach beiden Vorschriften wird demjenigen die Darlegungs- und Beweislast auferlegt, der sich auf die Wirksamkeit des (Rest-

1) vgl. RGZ 138, 52, 56.

2) vgl. dazu Zöllner-Stephan Vor § 284 V 6.

3) vgl. Oertmann, BGB, § 140 Anm. 2 a.

4) Motive I 218.

5) Oertmann, BGB, § 140 Anm. 2 a.

bzw. umgedeuteten) Geschäfts beruft.¹⁾ Die unterschiedliche Regelungstechnik ergibt sich einfach daraus, daß bei § 139 BGB ein von der Nichtigkeit nicht betroffenes Teilgeschäft vorliegt, dessen Nichtigkeit durch § 139 BGB erst angeordnet werden muß, während bei § 140 BGB das Geschäft von vornherein (insgesamt) nichtig ist.

3. Nachprüfbarkeit in der Revisionsinstanz

Entsprechend dem Ineinandergreifen von Tatsachen- und Rechtsfragen fragt sich, inwieweit das Revisionsgericht zur Nachprüfung des § 140 BGB befugt ist.

Da die Umdeutung mit der normativen, insbes. ergänzenden Auslegung eng verwandt ist und auf einer Stufe steht, können für deren Nachprüfbarkeit durch die Revisionsinstanz die gleichen Regeln wie für die normative Auslegung herangezogen werden. Danach beschränkt sich die Überprüfung, ob durch die Auslegung gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind.²⁾ Diese begrenzte Nachprüfbarkeit gilt auch für § 140 BGB. Die Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, hat der BGH dementsprechend ausgeführt³⁾, "ist, wie deren Auslegung, Aufgabe des Tatrichters und deshalb in der (Revisionsinstanz) nur begrenzt nachprüfbar". Nicht nachprüfbar sind danach die tatsächlichen Feststellungen. Dagegen ist es dem BGH nicht verwehrt, auf der Grundlage des durch die Tatsacheninstanzen festgestellten Sachverhalts zu überprüfen, ob § 140 BGB rechtsfehlerfrei angewandt worden ist. Dementsprechend heißt es in der o.a. Entscheidung⁴⁾ weiter: "Das (Berufungsgericht) hat jedoch aner-

1) so zu Recht Battes, AcP 174, 429, 435.

2) vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 133 (B) BGB; LM Nr. 5 zu § 550 ZPO; BGH WM 1978, 266; vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 550 Anm. 2 B; vgl. insbes. Henze, ZZP 81, 196, 321, 344ff; Gottwald S. 235ff m.w.N.; Stein/Jonas-Grunsky § 549 Rdn. 31 m.w.N.

3) BGH NJW 1981, 43, 44.

4) BGH a.a.O.

kannte Regeln, insbes. die Grenzen der (Umdeutung) verkannt". Sofern die Möglichkeit beachtlichen neuen Sachvortrages zur Umdeutungsfrage ausgeschlossen erscheint und der festgestellte Sachverhalt eine abschließende Entscheidung erlaubt, kann der BGH hieraus die rechtlichen Schlüsse selbst ziehen und ggf. unter Aufhebung des Berufungsurteils i.S.d. Umdeutung selbst entscheiden.¹⁾ Bestehen allerdings Unklarheiten bezüglich des Sachvortrages oder ist der Sachverhalt noch weiter aufklärungsbedürftig, so weist der BGH die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Berufungsinstanz zur weiteren Verhandlung zurück.²⁾

4. Die Umdeutung im Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozeß

Nichtige Wechsel können umgedeutet werden. Dies gilt für eigene Wechsel ebenso wie für gezogene Wechsel.³⁾ Als Ersatzgeschäft für die Erklärungen des Ausstellers des eigenen Wechsels und des Akzeptanten kommen u.a. abstrakte Schuldversprechen nach §§ 780ff BGB oder § 363 Abs. 1 S. 2 HGB in Betracht. Klagt nun der Inhaber des nichtigen, aber umdeutbaren Wechsels die Wechselsumme im ordentlichen Verfahren gegen den Aussteller bzw. Akzeptanten ein, so stehen ihm zwar wegen der Nichtigkeit keine wechselfmäßigen Ansprüche zu. Jedoch ist die Klage aus dem abstrakten, bürgerlich-rechtlichen oder handelsrechtlichen Schuldversprechen begründet.

In aller Regel wird aber der Inhaber den (vermeintlich wirksamen) Wechsel nicht im ordentlichen Verfahren geltend machen. Um möglichst rasch einen vollstreckbaren Titel zu bekommen, wird er Klage im Wechselprozeß gem. §§ 602ff ZPO erheben. Dieses Prozeßverfahren, das ein besonderer Fall des Urkundenpro-

1) BGH NJW 1981, 43, 44; so z.B. BGH NJW 1978, 423, 424; zur Auslegung ebenso: BGHZ 65, 107ff; E. Schneider, MDR 1981, 885, 886; Gottwald S. 236.

2) so z.B. BGH NJW 1980, 826,

3) str., vgl. im einzelnen o. S. 95ff und S. 185ff.

zesses i.S.d. §§ 592ff ZPO ist¹⁾, gewährleistet gegenüber dem ordentlichen Verfahren durch die Beschränkung der Verhandlung und der Entscheidung auf den Anspruchsgrund und sofort zu beweisende Einwendungen unter Ausschluß der Widerklage (vgl. §§ 592, 595 Abs. 1 und Abs. 2, 598 ZPO), daß über den geltend gemachten Wechselanspruch möglichst rasch, bei Widerspruch des Beklagten durch Wechsel-Vorbehaltsurteil gem. § 599 ZPO, entschieden wird. Gegenüber dem gewöhnlichen Urkundenverfahren gem. §§ 592ff ZPO weist der Wechselprozeß darüberhinaus weitere Vorteile für den Wechselinhaber auf: Nach § 603 Abs. 1 ZPO ist für die Klage im Wechselprozeß neben dem allgemeinen und besonderen Gerichtsstand nach §§ 12ff ZPO der weitere Gerichtsstand des Zahlungsortes begründet. Weiterhin erfährt der Wechselprozeß gegenüber dem gewöhnlichen Urkundenverfahren durch die verkürzten Ladungs- und Einlassungsfristen gem. § 604 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO eine weitere Beschleunigung. Und schließlich gibt § 605 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO in Abweichung zu § 592 ZPO zur Begründung der wechsellmäßigen Ansprüche bezüglich der Vorlage des Wechsels und der Nebenforderungen weitere Beweislasterleichterungen.

Voraussetzung dafür, daß der Kläger dieses besondere Wechselverfahren in Anspruch nehmen kann, ist gem. § 602 ZPO, daß Ansprüche aus Wechseln i.S.d. Wechselgesetzes geltend gemacht werden. Ist der Wechsel nichtig und kann er z.B. in ein abstraktes Schuldversprechen bürgerlichen Rechts umgedeutet werden, so kann er diesen Zahlungsanspruch nicht im Wechselprozeß durchsetzen. Denn die Ansprüche aus einem nichtigen, in ein Zahlungsverprechen bürgerlichen Rechts umgedeuteten Wechsel sind keine wechsellmäßigen Ansprüche. Die Anspruchsgrundlage findet sich nicht im Wechselgesetz, also nicht z.B. Art. 28 WG, sondern richtet sich nach dem Recht desjenigen Geschäfts, in das der Wechsel umzudeuten ist, also z.B. nach §§ 780f BGB. Im Wechselprozeß kann deshalb über die Ansprüche aus dem umgedeuteten Wechsel nicht entschieden werden.²⁾ Dem Kläger bietet

1) vgl. Zöller-Schneider § 602 I; Stein/Jonas-Schlösser § 602 Rdn. 1.

2) BGHZ 53, 11, 17 = JZ 1970, 550, 552 m. Anm. v. Hadding; BGH NJW 1982, 523, 524; RGZ 108, 388, 391.

sich nur die Möglichkeit, vom Wechselprozeß entweder in das gewöhnliche Urkundenverfahren¹⁾ überzugehen oder aber auch hiervon gem. § 596 ZPO Abstand zu nehmen und in das ordentliche Verfahren überzugehen.²⁾ Das letztere ist geboten, wenn auch das umgedeutete Geschäft nicht durch Urkunden nachgewiesen werden kann. Geht der Kläger nicht in den Urkundenprozeß über oder nimmt er ggf. nicht vom Urkundenprozeß ganz Abstand, so wird seine Klage im Wechselprozeß gem. §§ 602, 597 Abs. 2 ZPO insoweit als unbegründet, im übrigen als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen.³⁾ Dieses Urteil erzeugt allerdings keine Rechtskraftwirkung auch für andere als wechsellmäßige Ansprüche. Einer neuen Klage, die sich z.B. auf das in dem nichtigen Wechsel liegende abstrakte Schuldversprechen stützt, steht deshalb nichts im Wege.⁴⁾ Dagegen kann der Kläger nicht gleichzeitig in zwei der verschiedenen Verfahrensarten⁵⁾ klagen oder hilfsweise von dem Wechselprozeß in den gewöhnlichen Urkundenprozeß oder in das ordentliche Verfahren übergehen⁶⁾, um im Falle der Nichtigkeit des Wechsels aufgrund des umgedeuteten Geschäfts in der anderen Verfahrensart zum Erfolg zu kommen.

5. Die Umdeutung der materiell-rechtlichen Parteierklärungen im Grundbuchverfahren

Die Rechtsprechung⁷⁾ hatte sich häufiger mit der Frage zu beschäftigen, ob und ggf. in welcher Weise § 140 BGB im Grund-

- 1) zur Zulässigkeit des Übergangs vom Wechsel- zum allgemeinen Urkundenprozeß vgl. Zöller-Schneider § 602 III, Stein/Jonas-Schlosser § 602 Rdn. 7 und BGHZ 53, 17.
- 2) ebenso bereits Bernstein, JW 1926, 494, 496.
- 3) vgl. BGHZ 82, 200, 207f m.w.N.
- 4) BGH WM 1972, 461.
- 5) BGH WM 1972, 461; BGHZ 82, 200, 207, 208.
- 6) BGH WM 1972, 461; BGHZ 53, 10, 17.
- 7) vgl. erst jüngst BayObLG FamRZ 1983, 1033ff und insbes. KG NJW 1967, 2358 sowie die Nachweise weiter im Text.

buchverfahren Berücksichtigung finden kann. - Auch in der Rechtslehre finden sich hierzu Stellungnahmen.¹⁾ Das Meinungsspektrum reicht von einem generellen Verbot der Umdeutung im Grundbuchrecht²⁾ bis zu deren uneingeschränkter Zulassung.³⁾ Dabei lassen sich im wesentlichen drei Problemkreise differenzieren, nämlich die Umdeutung der materiell-rechtlichen (rechtsgeschäftlichen) Parteierklärungen, der prozeß-rechtlichen Eintragungsanträge und der Eintragung im Grundbuch als staatlichem Hoheitsakt. Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich allein mit Fragen der Umdeutung der rechtsgeschäftlichen Parteierklärungen im Grundbuchverfahren, nicht dagegen mit der Umdeutung (unzulässiger) Eintragungsanträge⁴⁾ oder Eintragungen im Grundbuch selbst.⁵⁾

U.a. im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf gem. § 20 GBO die Eigentumsänderung nur dann in das Grundbuch eingetragen werden, wenn die erforderliche materiell-rechtliche Einigung der Beteiligten erklärt ist (materielles Konsensprinzip).⁶⁾ Fehlt es an einer wirksamen Einigung der Parteien, so ist das Grundbuchamt gehindert, die beantragte Eintragung vorzunehmen. Wenn aber die Voraussetzungen der Umdeutung des nichtigen Rechtsgeschäfts gem. § 140 BGB vorliegen und das umgedeutete (Ersatz-)Geschäft die angestrebte grundbuchrechtliche Eintragung ebenfalls decken würde, stellt sich die Frage, ob das

1) vgl. die Nachweise weiter im Text.

2) LG Hof RPfleger 1965, 367 unter Bezugnahme auf Meikel/Imhof/Riedel (5. Aufl.) § 18 Anh. Anm. 141 (ebenso 6. Aufl. a.a.O., Anm. 144); Hesse/Saage/Fischer § 19 Anm. II 4 b; Thieme, GBO, § 19 Anm. 4 (bzgl. Eintragungsbewilligung bzw. -antrag).

3) vgl. insbes. Hieber, DNotZ 1954, 303ff.

4) vgl. dazu Herrmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann § 13 Rdn. 36 m.w.N. (generell ablehnend); OLG Hamm RPfleger 1957, 19f m. Anm. v. Haegeler, der die Umdeutung des betreffenden Eintragungsantrages zulassen will.

5) dazu vgl. insbes. OLG Hamm JMB1. NRW 1959, 66f; H.P. Westermann, NJW 1970, 1023, 1026ff; Weimar, WM 1966, 1098, 1099; Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 7; Krampe, Konversion, S. 293 (generell ablehnend).

6) vgl. Horber § 20 Anm. 1; Löscher § 27, S. 156ff.

Grundbuchamt die Voraussetzungen des § 140 BGB selbst feststellen und ggf. die Eintragung auf der Grundlage des umgedeuteten Geschäfts vornehmen kann und muß.

So lag der Sachverhalt in der bereits oben zitierten Entscheidung des KG¹⁾: Vier von insgesamt fünf Miterben einer ungeteilten Erbengemeinschaft übertrugen dem letzten ihre "Miteigentumsanteile" an einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück und bewilligten die Eintragung des fünften Miterben als Alleineigentümer. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Eigentumsänderung ab, weil gem. § 2033 Abs. 2 BGB die Verfügung der vier Miterben über ihre Anteile an dem Grundstück als einem einzelnen Nachlaßgegenstand unzulässig sei.

Das Ziel der Miterben, nämlich durch den Vertrag dem fünften Miterben das Alleineigentum an dem betreffenden Grundstück zu verschaffen, hätten die Beteiligten dagegen auf zwei Wegen erreichen können: Die vier Miterben hätten ihre Anteile an dem genannten Nachlaß (und nicht nur an dem Grundstück als einem einzelnen Nachlaßgegenstand) auf den fünften Miterben übertragen können, § 2033 Abs. 1 BGB. Da die Beteiligten aber nicht den gesamten Nachlaß auf den fünften Miterben übertragen wollten, sondern nur das Grundstück, schied diese Möglichkeit aus. Zu einer isolierten Übertragung nur des Eigentums an dem Grundstück war deshalb gem. §§ 873, 925 BGB erforderlich, daß die ungeteilte Erbengemeinschaft bestehend aus allen fünf Miterben, die Eigentümerin des Nachlaßgrundstücks zur gesamten Hand war, das Eigentum dem Erwerber, nämlich dem fünften Miterben, aufließ. Eine solche Einigung hatten die Beteiligten aber in der notariellen Urkunde nicht erklärt. Dort wurde vielmehr von der Übertragung der "Miteigentumsanteile" der vier Miterben gesprochen, wobei die Beteiligten davon ausgingen, daß der fünfte Miterbe bereits Eigentümer eines 1/5-Anteils sei. Eine Auslegung in dem dargelegten Sinne war deshalb nicht möglich.²⁾

1) KG, Beschl. v. 5.6.1967, abgedr. in NJW 1967, 2358 = RPFleger 1968, 50f m. zust. Anm. v. Riedel = DNotZ 1968, 95 = OLGZ 67, 324.

2) KG NJW 1967, 2358; a.A. jedoch ohne sachlichen Unterschied: Krampe, Konversion, S. 292, der einen erweiterten Auslegungsbegriff zugrundelegt.

Hätten die Beteiligten auf einem der aufgezeigten zwei Wege die beabsichtigte Eigentumsänderung vorgenommen, so hätte dem Eintragungsantrag stattgegeben werden müssen. Das KG hat deshalb geprüft, ob nicht dem Eintragungsantrag durch Umdeutung des unzulässigen Übertragungsvertrages zum Erfolg verholfen werden könne. Dies hat das KG entgegen der im Schrifttum geäußerten Ansicht¹⁾, wonach eine Umdeutung im Grundbuchverfahren nicht in Betracht komme, zu Recht bejaht und ausgeführt²⁾:

"... Ebenso wie die Auslegung nach § 133 BGB ist auch die Zulassung der Umdeutung nach § 140 BGB im Grundbuchverfahren ... geboten. Denn auch der Grundbuchrichter hat das geltende bürgerliche Recht anzuwenden, wozu auch die Vorschrift des § 140 BGB gehört, soweit nicht Besonderheiten des Grundbuchverfahrens einer abschließenden Beurteilung Schranken setzen ... (Die) Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten des Grundbuchverfahrens ... bedeutet insbesondere, daß (die Umdeutung) ausscheidet, wenn dazu eine Beweisaufnahme erforderlich wäre. Bestehen aber keine 'unklaren Verhältnisse', gestatten also bereits die dem Grundbuchamt vorliegenden Urkunden eine abschließende Würdigung, so ist auch der Grundbuchrichter zur Umdeutung berechtigt und verpflichtet ..."

Diese Ansicht, wonach die materiellen Erklärungen der Parteien im Grundbuchverfahren der Umdeutung ebenso wie der Auslegung durch das Grundbuchamt unterliegen, sofern die dem Grundbuchamt eingereichten Urkunden und Unterlagen eine abschließende Beurteilung zulassen und keine Ermittlungen oder eine Beweisaufnahme erforderlich sind, entspricht der herrschenden Meinung

1) vgl. die Nachweise o. S. 390 Fn. 2.

2) KG NJW 1967, 2358, 2359.

in Rechtsprechung¹⁾ und Rechtslehre.²⁾ Die Beschränkung der Umdeutung auf klare Verhältnisse ist dabei durch den das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz, das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen und das Fehlen einer Ermittlungs- und Beweiserhebungspflicht des Grundbuchamtes im Eintragungsverfahren bedingt.³⁾ Es ist an sich selbstverständlich, daß es bei unklaren Verhältnissen, die nicht zu einem den Anforderungen des Grundbuchverkehrs an Klarheit und Bestimmtheit entsprechenden eindeutigen Ergebnis führen, nicht Aufgabe des Grundbuchamts sein kann, dennoch eine solche Umdeutung vorzunehmen, um den Eintragungsanträgen zum Erfolg zu verhelfen.⁴⁾

Gegen diese Beschränkung der Umdeutung auf klare Verhältnisse ist von Hieber⁵⁾ eingewandt worden, der Rechtssatz, das Grundbuchamt habe bei zweifelhaften Verhältnissen § 140 BGB nicht anzuwenden, widerspreche dem Gesetz, da es keine Rechtsnorm ge-

- 1) BayObLG FamRZ 1983, 1033, 1034; BayObLGZ 1953, 353, 335 = DNotZ 1954, 30, 31 = NJW 1953, 1914 = RPfleger 1954, 45; BayObLGZ 1930, 239ff; KG JFG 13, 111; OLG Hamm JMB1. NRW 1959, 66; OLG Hamm RPfleger 1957, 117; KG NJW 1968, 508; OLG Düsseldorf RPfleger 1977, 305, 307; OLG Köln JMB1. NRW 1982, 76; LG Hof RPfleger 1965, 367, 368; ähnlich BayObLG RPfleger 1980, 277f zu § 139 BGB.
- 2) Haegele/Schöner/Stöber Rdn. 62, S. 56 m.w.N. in Fn. 31; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann Einl. C 29, 30; Horber § 19 Anm. 4 A a; Meikel/Imhof/Riedel II § 18 Anh. Anm. 144 (S. 1340 a.E.); Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 7; Palandt-Heinrichs § 140 Anm. 1; BGB-RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rdn. 6; Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 18; Riedel, RPfleger 1968, 51f; i.E. auch Krampe, Konversion, S. 290, 292; wohl auch Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 18 unter Bezugnahme auf BayObLG NJW 1953, 1914 und OLG Hamm JMB1. NRW 1959, 66; zur Frage der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes bei Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB vgl. Ripfel, RPfleger 1963, 140, 141f.
- 3) BayObLG FamRZ 1983, 1033, 1034.
- 4) so BayObLG FamRZ 1983, 1033, 1034; zu den Besonderheiten und Beschränkungen bei der Anwendung der §§ 133 und 157 BGB im Grundbuchverfahren vgl. Riedel, RPfleger 1966, 356, 359ff.
- 5) Hieber, DNotZ 1954, 303, 304 insbes. gegen BayObLGZ 1953, 333ff = DNotZ 1954, 30ff.

be, die die Anwendbarkeit des § 140 BGB im Grundbuchverfahren ausschließe. Dieser Ansicht ist insofern Recht zu geben, als das Grundbuchamt das materielle Recht, also auch § 140 BGB, anzuwenden hat und deshalb ggf. zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind.¹⁾ Das Grundbuchamt darf also § 140 BGB nicht einfach außer Acht lassen. Dies ist aber auch nach der Ansicht der Rechtsprechung und herrschenden Rechtslehre nicht der Fall. Denn auch danach ist stets im Rahmen des grundbuchlichen Verfahrensrechts zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind. Sind die Verhältnisse aber unklar, so daß zur Feststellung der tatsächlichen Voraussetzung des § 140 BGB eine Beweisaufnahme erforderlich wäre, zu der das Grundbuchamt über den durch § 29 GBO gesetzten Rahmen hinaus nicht in der Lage ist²⁾, dann können die Voraussetzungen des § 140 BGB eben nicht festgestellt werden. In einem solchen Falle wird somit also § 140 BGB im Grundbuchverfahren nicht einfach ignoriert. Die Vorschrift greift vielmehr nach den im Grundbuchverfahren getroffenen Feststellungen nicht ein.³⁾ Die Kritik Hiebers ist daher unberechtigt.

Ergebnis zu V.: Die Umdeutung im Zivilprozeß und im Grundbuchverfahren

1. § 140 BGB ist ebenso wie die allgemeinen Auslegungsvorschriften in §§ 133, 157 BGB oder § 139 BGB von Amts wegen zu berücksichtigen. Es ist demgegenüber nicht erforderlich, daß sich eine Partei auf § 140 BGB beruft.

- 1) insofern Hieber zustimmend auch Staudinger-Coing (11. Aufl.) § 140 Rdn. 3 a.E.; ebenso Münch Komm-Mayer-Maly § 140 Rdn. 35.
- 2) vgl. zu den Beweisgrundsätzen im Grundbuchverfahren insbes. Eickmann, RPfleger 1979, 169ff; Horber § 29 Anm. 3ff.
- 3) insofern auch mißverständlich Staudinger-Dilcher § 140 Rdn. 18, der unter Berufung auf die überwiegend vertretene Auffassung und die zitierten Entscheidungen des BayObLG NJW 1953, 1914 und des OLG Hamm JMB1. NRW 1959, 66 der Meinung ist, daß "abweichend vom Normalfall ... keine Gerichtspflicht zur Prüfung der Umdeutung und zu ihrer Vornahme" bestehe, "weil damit die Möglichkeiten des Eintragungsverfahrens überschritten werden".

2. Für die Darlegungs- und Beweislast gelten die allgemeinen Regeln. Danach muß derjenige, der aus der Umdeutung eine für sich günstige Rechtsfolge herleitet, die tatsächlichen Voraussetzungen der Umdeutung darlegen und beweisen.

3. In der Revisionsinstanz ist die Nachprüfbarkeit der Anwendung des § 140 BGB beschränkt, da bei der Umdeutung Tatsachen- und Rechtsfragen ähnlich wie bei der Auslegung von Rechtsgeschäften ineinandergreifen. Die Regel über die Nachprüfbarkeit der Auslegung gilt für die Konversion sinngemäß.

4. Werden Ansprüche aufgrund eines (nichtigen) Wechsels oder Schecks geltend gemacht, liegen aber die Voraussetzungen der Umdeutung z.B. in ein Schuldversprechen oder eine Anweisung bürgerlichen Rechts vor, so wird die Klage im Wechsel- bzw. Scheckprozeß als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, wenn nicht der Kläger vom Wechselprozeß Abstand nimmt und ggf. in den allgemeinen Urkundenprozeß nach §§ 592ff ZPO oder ggf. in das ordentliche Verfahren übergeht.

5. Im Grundbuchverfahren ist § 140 BGB ohne Einschränkung zu prüfen. Eine Umdeutung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen ist zulässig, wenn im Rahmen des Grundbuchverfahrensrechts eine abschließende Beurteilung möglich ist und deren Voraussetzungen festgestellt werden können.

Gesamtergebnis und Schluß

Überblickt man die Hauptergebnisse der vorliegenden Arbeit, so lassen sich die Grenzen der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen gem. § 140 BGB wie folgt charakterisieren:

1. Die Vorschrift kann auf alle (nichtigen) Rechtsgeschäfte¹⁾ (nicht Rechtshandlungen) Anwendung finden. Dies setzt voraus, daß die Parteien rechtserheblich, d.h. rechtsverbindlich handeln wollten und ihre Erklärungen als rechtsgeschäftlicher Tatbestand aufgefaßt werden können. Hieran fehlt es bei reinen Gefälligkeiten und Geschäften auf gesellschaftlicher Ebene, bei Nicht-Rechtsgeschäften und wenn der Vertrag wegen fehlender oder unvollständiger Einigung nicht zustande gekommen ist oder die Vertragsverhandlungen (ohne Vorvertragscharakter) gescheitert sind. Solange Blankett-Geschäfte nicht vervollständigt sind, fehlt es auch ihnen (noch) an der Rechtsgeschäftsqualität. Wurde dagegen die Vertragsurkunde nicht bewußt, sondern lediglich versehentlich unvollständig gelassen, so liegt kein echtes Blankett-Geschäft, sondern ein nichtiges Rechtsgeschäft vor, sofern das betreffende Geschäft formbedürftig war. Entscheidend ist, ob die Parteien bei der Vornahme des Geschäfts mit dem Erklärten bereits eine endgültige Regelung herbeiführen wollten oder ob sie lediglich eine Partei ermächtigen wollten, die Regelung durch spätere Vervollständigung der Erklärungen herbeizuführen.

Das Rechtsgeschäft ist nichtig²⁾ i.S.d. § 140 BGB, wenn es die mit seiner Vornahme beabsichtigten rechtlichen Wirkungen nicht erzeugt, wenn also die rechtsgeschäftliche Regelung, wie sie nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts gelten sollte, nicht gilt. Nichtig i.S.d. § 140 BGB sind alle Geschäfte, denen das Gesetz - gleichgültig aus welchem Grunde - die beabsichtigte Wirksamkeit von Anfang an versagt. Eine Umdeutung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die fehlende (und von den Parteien übersehene) gesetzliche Voraussetzung noch nachgeholt oder das Geschäft geheilt werden kann.

1) o. S. 7ff.

2) o. S. 31ff.

Besonderheiten gelten für das Geschäft unter geheimem Vorbehalt (§ 116 BGB), das Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) und die Scherzerklärung (§ 118 BGB): Das Gesetz ordnet zwar ausdrücklich die Nichtigkeit der betreffenden Geschäfte an. Eine Umdeutung ist dennoch von vornherein ausgeschlossen, da die Erklärenden in den bezeichneten Fällen gerade nicht wollen, daß ihre Erklärungen rechtliche Wirkungen erzeugen.

Einredebehaftete, insbes. verjährte und präjudizierte Wechsel und Schecks, unzumutbare und nicht bewiesene Geschäfte stehen nichtigen Rechtsgeschäften i.S.d. § 140 BGB nicht gleich. Ebenso können anfechtbare Rechtsgeschäfte auch dann nicht umgedeutet werden, wenn sie wirksam angefochten worden sind. An einem nichtigen Rechtsgeschäft i.S.d. § 140 BGB fehlt es weiterhin, wenn das Gesetz ausdrücklich anordnet, welche Regelung an Stelle der fehlerhaften gelten soll. Dagegen geht die Umdeutung der Frage vor, ob ausnahmsweise gem. § 242 BGB von der Nichtigkeitsfolge abgesehen werden kann.

Das nichtige Geschäft muß in umgedeuteter Form als das andere Geschäft wirksam sein können.¹⁾ Mit seiner Vornahme müssen deshalb die allgemeinen und besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach dem Recht des anderen Geschäfts erfüllt sein. Fehlende Voraussetzungen können nicht im Wege der Umdeutung ersetzt oder umgangen werden.

Das nichtige Geschäft muß auch seinem Inhalt nach²⁾ den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen. Diese Voraussetzung des § 140 BGB ist erfüllt, wenn die Parteien die rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele, die sie mit dem (nichtigen) Rechtsgeschäft angestrebt haben, mit Hilfe eines anderen Rechtsgeschäfts hätten erreichen können, die Rechtsordnung also ein anderes Rechtsgeschäft kennt, das geeignet gewesen wäre, die Wirkungen, die das Geschäft in der Form des beabsichtigten Rechtsgeschäfts nach den Vorstellungen der Parteien hervorbringen sollte, ganz oder teilweise zu verwirklichen. Dagegen entspricht das nichtige Geschäft nicht den inhaltlichen Erforder-

1) o. S. 91ff.

2) o. S. 110ff.

nissen des in Frage kommenden anderen Rechtsgeschäfts, wenn dieses zu weitergehenden rechtlichen Wirkungen führen würde, als das nichtige Rechtsgeschäft, seine Wirksamkeit unterstellt, erzeugt hätte. Eine Umdeutung ist somit ausgeschlossen, wenn das Ersatzgeschäft dem Schuldner größere Verpflichtungen aufbürdet, dem Verfügenden mehr an Rechtsmacht nimmt, der letztwillig Verfügende schon zu Lebzeiten oder dessen Erben mehr belastet werden.

Von welcher Art¹⁾ das andere Geschäft ist, ist für die Umdeutung unerheblich. Insbes. braucht das umgedeutete Geschäft nicht dieselbe Rechtsform aufzuweisen oder von gleicher Art zu sein wie das nichtige Rechtsgeschäft. Andererseits ist es aber auch nicht Voraussetzung der Umdeutung, daß sich die Rechtsfolgen oder das Geschäft der Art nach ändern. Die Umdeutung unter rein inhaltlicher Veränderung des nichtigen Geschäfts ohne Veränderung der Rechtsform kann ebenfalls eine zweckentsprechende und sinnvolle Handhabung des § 140 BGB darstellen.

Nach dem subjektiven Tatbestand²⁾ des § 140 BGB entscheidet sich nicht mehr, welchen Inhalt das umgedeutete Geschäft hat, sondern allein, ob anzunehmen ist, daß das andere Rechtsgeschäft, dessen formalen und inhaltlichen Erfordernissen das nichtige entspricht, bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Ob diese Annahme gerechtfertigt ist, ist letztlich eine rechtliche Wertungsfrage. Wenn § 140 BGB im subjektiven Tatbestand auch auf einen (hypothetischen) Willen der Parteien abstellt, so ist dies lediglich als eine Umschreibung dafür zu verstehen, daß sich die rechtliche Wertung an dem Rechtsgeschäft und den konkreten Umständen des Falles zu orientieren und die besonderen Vorstellungen und Absichten der Parteien bei Vertragsschluß, die nicht notwendig zum Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärungen geworden sein müssen, zu berücksichtigen hat. Die Umdeutung dient der Verwirklichung des Parteiwillens und darf deshalb niemals zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen.

1) o. S. 197ff.

2) o. S. 219ff.

Bei der Frage, ob das andere Geschäft gewollt sein würde, ist von der Möglichkeit einer Neuvernahme des Geschäfts in wirksamer Form zu abstrahieren. Die richtige Fragestellung lautet: Hätten die Parteien das Geschäft auch in der Form des anderen Rechtsgeschäfts geschlossen oder hätten sie lieber von dem Geschäft ganz Abstand genommen, wenn sie gewußt hätten, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft nichtig ist und nichtig bleibt?

Die wirtschaftlichen Ziele¹⁾, die die Parteien mit dem nichtigen Rechtsgeschäft verfolgt haben, müssen durch das umgedeutete Geschäft nicht in vollem Umfange erreicht werden. Der hypothetische Wille kann auch hinsichtlich einer minderen Regelung gegeben sein. Zur Feststellung des subjektiven Tatbestandes genügt es, wenn der angestrebte Erfolg mindestens soweit erreicht wird, daß anzunehmen ist, daß die Parteien mangels Erreichung des vollen Erfolges wenigstens die teilweise Verwirklichung ihrer Ziele und Zwecke gewollt hätten.

Haben die Parteien die Nichtigkeit gekannt²⁾, so ist eine Umdeutung ausgeschlossen. Hat nur eine Partei von der Nichtigkeit gewußt, die andere hingegen auf die Wirksamkeit des Geschäfts vertraut, so ist die Umdeutung zwar grundsätzlich möglich. Es kommt jedoch allein auf den hypothetischen Willen der gutgläubigen Partei an, der darüberhinaus das Recht zuzugestehen ist, sich von dem Vereinbarten (auch in umgedeuteter Form) ganz zu lösen und es bei der Nichtigkeit des Geschäfts zu belassen.

Für die Ermittlung des hypothetischen Willens kommt es auf den Zeitpunkt³⁾ der Vornahme des Geschäfts an. Dies gilt auch bei Geschäften, deren endgültige Unwirksamkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (noch) nicht feststeht.

Auch wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 140 BGB erfüllt sind, können sich Einschränkungen⁴⁾ der Umdeutung aus dem Sinn und Zweck der Nichtigkeitsnorm ergeben.

1) o. S. 230ff.

2) o. S. 254ff.

3) o. S. 280ff.

4) o. S. 285ff.

Eine Umdeutung ist danach ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeitsnorm eine absolute Nichtigkeit des Geschäfts ohne Konversionsmöglichkeit fordert. Dies ist insbes. bei sittenwidrigen Rechtsgeschäften stets der Fall.

Weitere Einschränkungen können sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit¹⁾ ergeben. Insbes. bei einseitigen Gestaltungsgeschäften ist die Konversion nur möglich, wenn der Erklärungsempfänger erkennen konnte, daß der Erklärende bei Kenntnis der Nichtigkeit jedenfalls das Ersatzgeschäft gewollt hätte. Verschiebt sich bei gegenseitigen Verträgen durch die Umdeutung das Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Leistungen, so verbietet es u.a. das Gebot der Rechtssicherheit, die Gegenleistung an die verminderte Leistung im Wege der Konversion anzupassen. Demgegenüber fordern die Besonderheiten des Wechsel- und Scheckrechts, insbes. die Wechsel- und Scheckstrenge sowie deren internationaler Charakter keine Einschränkungen der Umdeutung.

Im Prozeß²⁾ ist § 140 BGB von Amts wegen zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislastfragen sowie der Überprüfbarkeit durch die Revisionsinstanz ist die Umdeutung wie die Auslegung zu behandeln. Insbes. sind auch hinsichtlich der Umdeutung Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden. Besonderheiten bestehen im Urkundenprozeß: Läßt sich das Geschäft in umgedeuteter Form nicht mit den vorgelegten Urkunden, im Wechsel- oder Scheckverfahren nicht anhand dieser Urkunden, nachweisen, so muß der Kläger von dem jeweiligen Urkundenverfahren Abstand nehmen, wenn er einer Abweisung der Klage als in der Verfahrensart unstatthaft entgehen will.

Im grundbuchlichen Eintragungsverfahren³⁾ ist § 140 BGB für die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien uneingeschränkt zu prüfen. Die Umdeutung ist zulässig, wenn im Rahmen des Grundbuchverfahrens eine abschließende Beurteilung möglich ist.

1) o. S. 356ff.

2) o. S. 380ff.

3) o. S. 389ff.

2. Die Umdeutung läßt sich nach dem hier beschriebenen Anwendungsbereich und ihren Grenzen wie folgt in das Normensystem des BGB einordnen:

Die sinnfeststellende Auslegung¹⁾ gem. §§ 133, 2084 BGB ist der Umdeutung vorgelagert. § 140 BGB kommt erst zur Anwendung, wenn der rechtsgeschäftliche Sinn, den die Parteien ihren Erklärungen beigemessen haben, feststeht und danach ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt. Sind die Erklärungen eindeutig, so bedarf es keiner Auslegung. Sind die Erklärungen mehrdeutig, so ist ihr rechtsgeschäftlicher Sinn durch Deutung, d.h. durch sinnfeststellende Auslegung, zu ermitteln.

Die Auslegungsmethoden, die über reine Sinnfeststellung hinausgehen, insbes. die ergänzende Auslegung nach § 157 BGB, sind der Konversion nicht prinzipiell vorgelagert, sondern stehen neben dieser. § 140 BGB greift ein, wenn die sinnfeststellende Auslegung ein nichtiges Rechtsgeschäft zum Ergebnis hat. Er gibt sich dagegen z.B. ein lückenhaftes Geschäft, dann ist die ergänzende Auslegung nach § 157 BGB der richtige Rechtsbehelf.

Die Regelungen in §§ 139, 155 BGB²⁾ und § 140 BGB stehen in einem besonders engen Zusammenhang, unterscheiden sich jedoch im objektiven Tatbestand: § 139 BGB greift ein, wenn die Nichtigkeit von vornherein nur einen Teil des Rechtsgeschäfts ergreift, dieses im übrigen aber unberührt läßt. Bei § 155 BGB fehlt es entgegen der Vorstellung der Parteien an einer Einigung hinsichtlich aller Vertragspunkte, wobei das Vereinbarte ein eigenständiges Rechtsgeschäft ergibt. § 140 BGB setzt dagegen im objektiven Tatbestand voraus, daß das gesamte Geschäft nichtig ist und dieses den Erfordernissen eines anderen entspricht.

3. Die Ergebnisse der Konversion könnten sicherlich, wie Krampe meint³⁾, auch durch eine extensive Interpretation der Auslegungsvorschriften erreicht werden, indem man innerhalb der Aus-

1) o. S. 81ff.

2) o. S. 220ff, 226.

3) o. S. 133ff.

legung die sinnfeststellende und die auf deren Ergebnis aufbauende weitere Auslegung, also die Qualifikation und die Umqualifikation der Parteierklärungen unterscheidet. Ebenso gut wäre es denkbar, die Ergebnisse der Konversion durch eine sehr weite Auslegung des Begriffs der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB zu erzielen: Voraussetzung wäre dann nur, daß man die Teilnichtigkeit nicht auf Fälle beschränkt, in denen die Nichtigkeitssnorm von vornherein nur einen Teil des Geschäfts ergreift, sondern auch eine Aufteilung der einheitlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen nach ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Sinn und Gehalt zuläßt. Insofern könnte man mit Krampe § 140 BGB als "überflüssig" bezeichnen. Gegenüber der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB und der Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB in ihrem bisherigen Verständnis hat die Umdeutung jedoch einen ganz spezifischen, gegenüber den vorgenannten Normen klar abgrenzbaren Anwendungs- und Regelungsbereich: Nach § 140 BGB entscheidet sich, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft, das so, wie die Parteien es vorgenommen haben, insgesamt nichtig ist, dennoch Rechtswirkungen erzeugen kann. Diese Besonderheiten der Regelung rechtfertigen die Existenz des § 140 BGB als eines eigenständigen gesetzlichen Instituts.

Lebenslauf

Am 25. Februar 1956 wurde ich in Emsdetten, Kreis Steinfurt, geboren. Meine Eltern waren der kaufmännische Angestellte Werner Otto Kahl und Frau Agnes Kahl, geb. Imorde. Ich bin Deutscher.

Mein Zeugnis der allgemeinen Hochschulreife habe ich am 19. Juni 1975 in dem städtischen neusprachlichen Gymnasium mit differenzierter Oberstufe, dem Martinum Emsdetten, abgelegt.

Das Hochschulstudium der Rechtswissenschaften habe ich zum Wintersemester 1975/1976 an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster aufgenommen. Nach acht Fachsemestern, am 27. Oktober 1979, habe ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung und am 19. Oktober 1982 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung abgelegt.

Anschließend war ich als Rechtsanwalt in Steinfurt tätig. Im Februar 1984 bin ich anderweitig zur Rechtsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht Hamm zugelassen worden.

